

UiO • Det juridiske fakultet

Hensynet til lengeværende barn ved praktisering av utlendingsloven § 38

En redegjørelse for lengeværende barns rett til opphold etter
utlendingsloven § 38, og for hvorvidt Norges skjønnsutøvelse er i tråd med
våre internasjonale forpliktelser på området

Kandidatnummer: 777

Leveringsfrist: 25.04.14

Antall ord: 17883



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Temaets bakgrunn og aktualitet	1
1.2	Problemstilling	2
1.2.1	Presisering	3
1.2.2	Avhandlingens ramme og avgrensninger	3
1.3	Videre fremstilling	4
2	RETTSKILDER OG METODISKE ASPEKTER	5
2.1	Lovtekst og forskrift	5
2.1.1	Nasjonalt.....	5
2.1.2	Internasjonalt	6
2.2	For- og etterarbeider.....	8
2.3	Rettspraksis	9
2.3.1	Nasjonal rettspraksis.....	9
2.3.2	Internasjonal rettspraksis	9
2.4	Utlendingsforvaltningens praksis.....	10
2.5	Juridisk teori.....	11
2.6	Anbefalinger og generelle kommentarer fra FNs barnekomité	11
2.7	Forholdet mellom utlendingsforvaltningen, storting og regjering	12
2.8	Kort om forvaltningens frie skjønn og domstolenes prøvelsesrett	13
2.8.1	Adgangen til å avsi fastsettelsesdom for brudd på EMK og BK.....	13
3	OPPHOLD PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG, UTLENDINGSLOVEN § 38	15
3.1	Nærmere om temaets og problemstillingens bakgrunn.....	15
3.2	Generelt om bestemmelsen	16
3.2.1	Kort om sterke menneskelige hensyn	17
4	AVVEINING MELLOM HENSYNET TIL BARNETS BESTE OG INNVANDRINGSREGULERENDE HENSYN	19
4.1	Nærmere om hensynet til barnets beste	19

4.1.1	Generelt om hensynet og dets anvendelse	19
4.1.2	Prinsippet om og vurdering av barnets beste	20
4.1.3	Vekten av barnets beste	21
4.1.4	Nærmere om betydningen av foreldrenes handlemåte	25
4.1.5	Barnekomiteens merknader og generelle kommentarer	28
4.2	Nærmere om barnets tilknytning til riket	32
4.2.1	Utlendingsforskriften § 8-5	32
4.2.2	Nærmere om særlig tilknytning til riket	34
4.3	Nærmere om innvandringsregulerende hensyn	37
4.3.1	Generelt om hensynet, dets anvendelse og vekt	37
4.3.2	Likhetshensyn	38
4.3.3	Samfunnsmessige konsekvenser	39
4.3.4	Hensynet til kontroll	40
4.3.5	Hensynet til respekten for lovens øvrige regler	40
4.3.6	Identitet	42
5	NÆRMERE OM RETTEN TIL RESPEKT FOR PRIVATLIVET	44
5.1	EMK art. 8	44
5.2	EMDs bruk av barnekonvensjonen	48
6	VURDERINGER	50
6.1	Innledning	50
6.2	Er skjønnsutøvelsen i tråd med våre internasjonale forpliktelser?	50
6.2.1	Barnekonvensjonen	51
6.2.2	EMK	53
6.3	Fremtidsrettet perspektiv – rettsutvikling?	55
6.3.1	Plenumsdommenes betydning for gjeldende rett	55
6.3.2	Varslet forskriftsendring	56
6.3.3	Ny avgjørelse fra EMD på trappene	56
6.4	Avsluttende bemerkninger	57
7	KILDEREGISTER	58
7.1	Lover og forskrifter	58
7.2	For- og etterarbeider	59

7.3	Rettspraksis og forvaltningspraksis	60
7.4	Internasjonale anbefalinger og generelle kommentarer	63
7.5	Litteratur	64
7.6	Andre kilder	65

1 Innledning

1.1 Temaets bakgrunn og aktualitet

Temaet for denne avhandlingen er lengeværende barns rett til opphold i Norge med sin familie etter å ha fått avslag på søknad om asyl og hvor familien har blitt værende i Norge.

Det er i dag mange barn og barnefamilier som har bodd lenge i Norge med endelig avslag på sin asylsøknad. Disse barna representerer en svært sårbar gruppe. Ved årsskiftet 2012-2013 bodde det 1264 barn med endelig avslag i norske mottak. Omtrent halvparten av disse har bodd i asylmottak i mer enn tre år.¹ Studier viser at barn som lever med avslag på sin asylsøknad, er en del av familier som over tid har vært utsatt for store belastninger. Sårbarheten skyldes særlig usikkerheten knyttet til asylsøkernes oppholdsstatus, familienes dårlige økonomi, mangelen på materielle ressurser, manglende tilgang til utdanning, boforholdene og mangelen på dokumenter.²

I lys av plenumsdommene fra 2012 og enkeltsaker som har fått stor medieoppmerksomhet, har det vært en omfattende politisk debatt om de såkalte «asylbarna», hvor det blant annet spørres hva som er viktigst; barna eller vår innvandringsregulering?

I flere eksempler fra forvaltnings- og rettspraksis ser vi at de innvandringsregulerende hensyn trumfer hensynet til barnets beste i spørsmål om oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 38 skal innvilges. Et paradoks er imidlertid at ordlyden i barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og utlendingsloven § 38 tredje ledd sier at barnets beste *skal* være et *grunnleggende* hensyn, mens det etter utlendingsloven § 38 fjerde ledd *kan* legges vekt på innvandringsregulerende hensyn. En naturlig språklig forståelse av ordlyden trekker i retning av hensynet til barnets beste setter begrensninger for hvor stor vekt de innvandringsregulerende hensyn kan tillegges.³ Tatt i betraktning plenumsdommene fra 2012 og Utlendingsnemndas (UNEs) praksis, ser vi imidlertid at skjønnsutøvelsen ikke stemmer overens med dette utgangspunktet. Spørsmålet blir om signale-

¹ Fafo-rapport 47 (2013)

² Ibid s. 7

³ Bernt (2013) s. 327

ne fra lovgiver er tilstrekkelig klare. I tillegg er det spørsmål om skjønnsutøvelsen er i tråd med Norges internasjonale forpliktelser.

Som jeg vil komme nærmere inn på har FNs barnekomité uttrykt bekymring over rapporter om at barn som har tilbrakt mange år i Norge blir returnert til hjemlandet. I tillegg kom EMD i en sak fra 2012 til at det ville utgjøre en krenkelse av EMK art. 8 å sende ut to voksne søsken med særlig lang botid som barn i Norge.

Våren 2012 presenterte Regjeringen stortingsmelding nr. 27, «Barn på flukt». Regjeringen mente dagens regelverk om oppholdstillatelse til barn på grunn av tilknytning opparbeidet gjennom lang botid i Norge er hensiktsmessig, men at den senere tids praksis i UNE tydet på at det i en del saker ble lagt mer vekt på innvandringsregulerende hensyn enn hva som ble forutsatt da regelverket ble vedtatt, samtidig som praksis fremstod som lite entydig. For å sikre likebehandling og en praksis som ivaretar hensynet til barnets beste i tråd med lovgivers hensikt, ønsket Regjeringen å klargjøre den gjeldende bestemmelsen om opphold som følge av barns tilknytning til Norge.⁴ Utlendingsdirektoratet (UDI) og UNE ble bedt om å redegjøre for sin praksis i saker med lengeværende barn ett år etter fremleggelsen av meldingen. Det kunne synes som at Regjeringen ville se på behovet for å gjøre endringer i regelverket dersom de fant at forvaltningens praksis ikke var tilfredsstillende.⁵ 17. juni 2013 fremla UNE rapporten «Ett år etter barn på flukt».

Som jeg vil komme inn på avslutningsvis har Regjeringen nå fremmet forslag om endringer i noen forskriftsbestemmelser hva gjelder de lengeværende barna.

1.2 Problemstilling

Avhandlingen redegjør for lengeværende barns rett til opphold etter utl. § 38. Gjennom redegjørelsen vil avhandlingen særlig ta for seg hensynet til barnets beste. Hensynet følger eksplisitt av utlendingsloven § 38 tredje ledd som implementerer barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. Et sentralt spørsmål i denne forbindelse er om Norges skjønnsutøvelse er i tråd med barnekonvensjonens krav.

⁴ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 11

⁵ Einarsen (2013) s. 295-296

I tillegg til å belyse hensynet til barnets beste i saker om lengeværende barn, tar avhandlingen også for seg barns rett til respekt for sitt privatliv etter EMK art. 8. En utsendelse av et barn som er tilknyttet Norge kan medføre et inngrep i barnets privatliv. Spørsmålet i denne forbindelse er om Norges skjønnsutøvelse er innenfor skjønnsmarginen når det gjelder balansen mellom statens interesse i å sikre en effektiv innvandringskontroll og barnets interesser i å bli i Norge for å utøve sitt privatliv.

Avhandlingens problemstilling er;

- *hvorvidt Norges skjønnsutøvelse er i tråd med våre internasjonale forpliktelser ved praktiseringen av utlendingsloven § 38 i saker om lengeværende barn?*

1.2.1 Presisering

Med «lengeværende barn», (også kalt «asylbarn») menes barn som enten er født i Norge eller som kom til Norge med sine foreldre eller andre omsorgspersoner, og som, etter praksis⁶, har vært i Norge i minst tre år. Årsaken til at grensen som et utgangspunkt er på tre år, kan skyldes at et lenger opphold i Norge uten tillatelse, er uheldig for både barn og myndighetene⁷. I det følgende vil jeg i hovedsak benytte uttrykket «lengeværende barn».

1.2.2 Avhandlingens ramme og avgrensninger

Jeg vil i min avhandling ha fokus på de lengeværende barna som kom til eller er født i Norge og som skal leve med sin familie. Det avgrenses derfor mot enslige mindreårige asylsøkere. I denne avhandlingen er det retten til privatliv etter EMK artikkel 8 som står sentralt ettersom jeg tar for meg situasjon hvor familien er samlet, og utsendelse av landet således ikke medfører noen splittelse av familielivet. Det avgrenses derfor mot retten til familieliv. Det avgrenses videre mot opphold som følge av sterke menneskelige hensyn, men som det vil fremkomme i avhandlingen henger dette tett sammen med tilknytning til riket og det vil derfor bli behandlet noe i tilknytning til dette. Videre avgrenses det mot utvisning.

⁶ UNEs praksisnotat, «Betydningen av lang oppholdstid i Norge» (2009) s. 1, jf. Einarsen (2013) s. 290

⁷ Einarsen (2013) s. 290

I min redegjørelse for regelverket vil jeg ha et internrettslig perspektiv med utgangspunkt i utlendingsloven § 38, hvor menneskerettigheter er en sentral del av rettskildebildet. Da jeg anser EMK art. 8 og barnekonvensjonen art. 3 som de mest relevante artiklene for avhandlingen, særlig som følge av EMDs utfyllende tolkning av bestemmelsene i praksis, avgrenses det mot den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 17 og barnekonvensjonen art. 16 som også omhandler privatliv.

Jeg vil i min besvarelse ta for meg utlendinger som er såkalte tredjelandsborgere, det vil si borgere som ikke er EU- eller EØS-borgere. EU- og EØS-borgere og EU- og EØS-regelverket avgrenses det derfor mot.

1.3 Videre fremstilling

Jeg vil starte med en redegjørelse for avhandlingens rettskilder og metodiske aspekter. Deretter vil jeg redegjøre for retten til opphold etter utl. § 38. Videre vil jeg gå nærmere inn på de sentrale hensynene i vurderingen av om opphold skal innvilges, herunder redegjøre for selve avveiningen mellom hensynene. I denne forbindelse vil noen underproblemstillinger som er med på å belyse hovedproblemstillingen bli presentert og noen vil fortløpende bli besvart. Jeg vil deretter redegjøre for retten til privatliv. Til slutt vil jeg foreta en vurdering av avhandlingens problemstilling og forsøke å sette avhandlingens tema i et fremtidsrettet perspektiv.

2 Rettskilder og metodiske aspekter

2.1 Lovtekst og forskrift

2.1.1 Nasjonalt

Den sentrale rettskilden i utlendingsrett er lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven, heretter kalt utl.) av 15. mai 2008 nr. 35. Som det følger av formålsbestemmelsen i § 1, skal loven blant annet gi grunnlag for regulering av og kontroll med inn- og utreise og utlendingers opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser. Loven skal videre ivareta rettssikkerheten til utlendinger som reiser inn eller ut av riket, som oppholder seg her, eller som søker en tillatelse etter loven.

Oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket, også kalt oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, er lovfestet i utl. § 38. Etter utl. § 28 sjette ledd følger det at når en utlending har fått avslag på søknad om oppholdstillatelse etter bestemmelsen, skal vedtaksmyndigheten av eget tiltak vurdere om bestemmelsen i § 38 skal anvendes.

Utl. § 38 er en generell og skjønnsmessig unntaksbestemmelse, jf. ordlyden «kan», og ikke en rettighetsbestemmelse som for eksempel asyl etter § 28. Dette vil si at det er opp til utlendingsforvaltningens skjønn om oppholdstillatelse skal innvilges eller ikke. Selv om det foreligger sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket, gir ikke det rettskrav på oppholdstillatelse. Det må foretas en konkret helhetsvurdering av på den ene siden humanitære hensyn, og på den andre de innvandringsregulerende hensyn.

§ 38 er også aktuell som unntaksbestemmelse i andre saker enn saker om asyl, for eksempel etter avslag på familiegjennforening. Det er imidlertid kun etter § 28 at utlendingsforvaltningen har en plikt til å vurdere opphold subsidiært etter § 38, jf. § 28 sjette ledd.

2.1.1.1 Forholdet mellom nasjonal og internasjonal rett på utlendingsfeltet

Norsk rett bygger i utgangspunktet på et dualistisk prinsipp. Det vil si at internasjonale regler må gjennomføres særskilt, enten ved inkorporasjon eller transformasjon for at de skal bli intern rett. Ved motstrid mellom norsk og internasjonal rett, er utgangspunktet at den norske regelen

går foran. Dette utgangspunktet modifiseres av presumsjonsprinsippet, som innebærer at norsk rett skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser så langt det er mulig.⁸ Etter lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven, mrl.) § 2 skal visse menneskerettighetskonvensjoner, herunder den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 1950 (EMK) og konvensjonen om barnets rettigheter av 1989 (BK), gjelde som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge. Etter mrl. § 3 skal bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som nevnt i § 2 ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.

Utlendingsloven må videre leses i lys av Grunnloven § 110c første ledd som lyder: «Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne.»

På utlendingsfeltet er imidlertid internasjonale regler en del av utlendingsretten, såfremt Norge er bundet av reglene og reglene har til formål å styrke individets stilling, jf. utl. § 3. Utlendingsloven må tolkes i samsvar med menneskerettighetene og rettsanvenderen skal velge den tolkingen av loven som samsvarer mest med våre internasjonale forpliktelser. Dette vil si at internasjonale regler som Norge er bundet av skal benyttes til å utfylle og tolke loven, til erstatning for eller med gjennomslagskraft for lovbestemmelser som eventuelt går i motsatt retning.⁹

2.1.1.2 Forskrift

Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, utlendingsforskriften av 2009 (uf.) utfyller lovens bestemmelser og inneholder nærmere regler om utlendingers adgang til Norge og opphold her. De sentrale forskriftsbestemmelsene for denne avhandlingen er særlig uf. §§ 8-5 og 17-1a.

2.1.2 Internasjonalt

2.1.2.1 Menneskerettighetskonvensjoner

Utl. § 38 har et nasjonalt utspring. Norge er ikke folkerettslig forpliktet til å gi oppholdstillatelse som følge av humanitære forhold, men menneskerettighetene kan gi visse føringer for

⁸ Høyesterett. Se. f.eks Rt. 2000 s. 1811 s. 1826

⁹ Ot prp. nr. 75 (2006-2007) s. 401

skjønnsutøvelsen, jf. mrl. § 3. Dette gjelder for eksempel barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 om at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn.¹⁰ De sentrale menneskerettighetskonvensjonene i denne avhandlingen er EMK og BK.

2.1.2.1.1 EMK

EMK beskytter i all hovedsak sivile og politiske rettigheter. Statene som har tiltrådt EMK har påtatt seg å sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I av konvensjonen, jf. art. 1.

Det følger av EMK art. 8 at enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse. I art. 8 nr. 2 heter det at det ikke skal skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettigheten unntatt når dette er i samsvar med loven og nødvendig i et demokratisk samfunn.

2.1.2.1.2 Barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen gjelder for barn under 18 år og angir Norges forpliktelser til å anerkjenne, verne om og sørge for realisering av barns rettigheter.¹¹ Konvensjonen har stor betydning på utlendingsfeltet generelt, og da spesielt prinsipperklæringen i art. 3 nr. 1 om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle saker som berører barn. Prinsippet er et tolkningsprinsipp som er av sentral betydning for hele konvensjonen.¹²

2.1.2.1.3 Kort om den folkerettslige metodelære og traktattolkning

Det foreligger ingen særegen menneskerettighetsmetode. Statuttene til FNs internasjonale domstol i Haag, International Court of Justice (ICJ), art. 38, fastslår hva ICJ kan legge til grunn som rettskilder, herunder de primære kildene; internasjonale konvensjoner, internasjonal sedvanerett, generelle rettsregler anerkjent i siviliserte land, og de sekundære; rettsavgjørelser og litteratur av høyt kvalifiserte forfattere som supplement for tolkning av loven. Statuttene er en overordnet kilde i folkeretten. Rettskildene binder ikke andre enn ICJ direkte, men gir uttrykk for

¹⁰ *Utlendingsloven kommentarutgave* (2010) s. 304

¹¹ BK art. 1 og 2

¹² CRC/GC/2003/5 s. 3-4

hva andre internasjonale organer, herunder menneskerettighetsorganer, vil vektlegge som rettskilder.¹³

EMD har i flere avgjørelser gitt uttrykk for at EMK må tolkes i lys av reglene i Wienkonvensjonen om traktatretten.¹⁴ Konvensjonen gir regler om blant annet traktattolkning. Ved tolkning av konvensjoner, er den naturlige ordlyden utgangspunktet, jf. Wienkonvensjonen art. 31. Videre er konvensjonens gjenstand og formål, samt sammenhengen ordene opptrer i, også utgangspunktet for tolkningen. Forarbeider og etterarbeider kan bare i svært begrenset grad vektlegges, ettersom statssuvereniteten tilsier at stater bare er bundet av det som faktisk fremkommer i teksten.¹⁵

Barnekonvensjonen skal, i likhet med de andre menneskerettighetskonvensjonene, tolkes dynamisk.¹⁶

2.2 For- og etterarbeider

Forarbeider gir uttrykk for lovgivers vilje og gir ofte nyttig veiledning til lovtolkningen. Forarbeidene har stor verdi som rettskildefaktor.

Etterarbeider er i utgangspunktet en mer uvanlig rettskilde. De kan imidlertid få betydning for lovtolkningen gjennom å bidra til å klargjøre hva som var meningen med loven, samt at myndighetenes etterfølgende standpunkter kan bli tillagt selvstendig betydning.¹⁷ Det sentrale etterarbeidet i denne avhandlingen, Stortingsmelding nr. 27, «Barn på flukt», har dessuten blitt benyttet av både UNE og Høyesterett som supplement til de øvrige rettskildene, noe som styrker dens rettskildemessige vekt.

¹³ Høstmælingen (2012) s. 90-91

¹⁴ F.eks Golder v. United Kingdom avsnitt 29

¹⁵ Høstmælingen (2012) s. 93

¹⁶ CRC/GC/2007/8 s. 6

¹⁷ Eckhoff (2001) s. 95

2.3 Rettspraksis

2.3.1 Nasjonal rettspraksis

Nasjonal rettspraksis er en annen viktig kilde i utlendingsretten og har stor betydning for tolkningen og anvendelsen av loven. Dette gjelder særlig Høyesteretts praksis. Høyesterett dømmer i siste instans, jf. grl. § 88. Det vil si at Høyesterett har det siste og avgjørende ord i rettslige spørsmål. Ifølge Eckhoff har ingen andre rettskildefaktorer så stor vekt som når Høyesterett direkte avgjør et tolkningsspørsmål.¹⁸

2.3.2 Internasjonal rettspraksis

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har myndighet til å behandle klager fra enkeltindivider og kan treffe rettslig bindende vedtak ved avgjørelse av konkrete enkeltsaker. Avgjørelser fra EMD tillegges stor vekt, særlig prinsipielle avgjørelser. Praksis fra andre stater kan også ha stor betydning for Norge. Vekten beror på om praksisen er fast og ensartet. En tolkning som har fått bred aksept fra de øvrige konvensjonspartene, vil normalt vektlegges tungt.¹⁹

EMDs prøvingsmyndighet begrenses av statens skjønnsmargin. Statens skjønnsmargin kan, som Høstmælingen uttrykker, ses på som «det internasjonale gjennomføringsorganets selvpålagte begrensning i prøvingsretten».²⁰ Skjønnsmarginen vil variere utfra hvilke rettigheter det er gjort inngrep i, og med de angitte inngrepsformålene. Bakgrunnen for skjønnsmarginen er dels at det er de nasjonale myndigheter som vil stå saken nærmest tidsmessig, samt hva gjelder forståelse av sakens fakta, og dels av at EMD ikke skal være en form for fjerdeinstans.²¹

2.3.2.1 Kort om individklageadgang til BK

Norge har (per april 2014) ikke sluttet seg til den valgfrie tilleggsprotokollen om individklageordning til BK. Protokollen gir en individuell klageadgang til barnekomiteen for brudd på BK.

¹⁸ Ibid s. 161

¹⁹ *Lærebok i utlendingsrett* (2013) s. 39

²⁰ Høstmælingen (2012) s. 129

²¹ Ibid s. 129-130

At Norge ikke har sluttet seg til protokollen innebærer at en eventuell krenkelse av et barns rett til privatliv må påberopes etter EMK art. 8 som det primære rettsgrunnlaget ovenfor EMD.

2.4 Utlendingsforvaltningens praksis

Forvaltningspraksis har i utgangspunktet begrenset rettskildemessig vekt for domstolene og andre rettsanvendere.²² Likhetsprinsippet gjør imidlertid at praksis på utlendingsfeltets område får stor praktisk betydning. Prinsippet medfører at forvaltningsorganer ikke skal utøve sin skjønnsmessige avgjørelsesmyndighet på en måte som medfører usaklig forskjellsbehandling. Dette innebærer at forvaltningen skal behandle like tilfeller likt.²³ Likebehandling og forutsigbarhet er viktige rettssikkerhetshensyn, og er av stor betydning for saker om opphold etter utl. § 38.

Forvaltningspraksis på utlendingsrettens område kommer til uttrykk blant annet i Justisdepartementets rundskriv og instruks, UDIs rundskriv, UDIs interne meldinger og praksisnotat og UNEs praksisnotat og praksisbase.

Utlendingsforskriften § 8-5 kommer sjelden til anvendelse ved behandling av saker hos UDI, ettersom barn ikke vil ha opparbeidet seg tilknytning av tilstrekkelig betydning fra de ankom Norge og til vedtak i UDI fattes. Det vil si at det er praksis fra UNE som blir av størst interesse når det gjelder praksis etter uf. § 8-5 og bestemmelsens forgjenger, uf. § 21b, og det vil derfor bli UNEs praksis det vil bli redegjort for i denne avhandlingen.

UNEs praksis er ikke offentlig tilgjengelig. I UNEs praksisbase legges det ut anonyme sammendrag av tilfeldige avgjørelser. Dette innebærer at utvalget av avgjørelser ikke er representativt for UNEs praksis, og ikke gir uttrykk for presedens. Praksisbasens avgjørelser er derfor av mindre rettskildemessig verdi. Sammendragene kan imidlertid gi innblikk i noen av vurderingene UNE foretar i enkeltsaker²⁴, og jeg vil bruke en del av avgjørelsene for å illustrere UNEs vurderinger i enkelte saker.

²² *Lærebok i utlendingsrett* (2013) s. 32

²³ Eckhoff (2010) s.61, jf. s. 422

²⁴ UNE a

2.5 Juridisk teori

Som det følger av den alminnelige rettskildelære har juridisk teori liten selvstendig vekt. Teori kan likevel ha en viss vekt beroende på blant annet på hvor god forfatterens argumentasjon er, samt hvilken tilslutning den har eller har fått i praksis, særlig om den har blitt lagt til grunn i rettspraksis.

2.6 Anbefalinger og generelle kommentarer fra FNs barnekomité

Kontrollorganet til BK er FNs barnekomité, opprettet med hjemmel i BK art. 43. Tilsynet med BK skjer ved at statene har plikt til å rapportere til FN. Barnekomiteen behandler rapportene og kommer med sine anbefalinger (avsluttende merknader) til statene.

Komiteen gir også generelle tolkningsuttalelser. Disse tolkningsuttalelsene er anbefalinger og ikke rettslig bindende, men de gir viktige retningslinjer til tolkningen av BK.²⁵ I Ot.prp. nr. 104 om lov om endringer i barnelova (2008-2009)²⁶, uttalte departementet at de generelle kommentarene som FNs barnekomité utgir er «verdifulle retningslinjer for tolkingen og anvendelsen av konvensjonen.» Videre bemerket departementet at «FNs barnekomité er det ekspertorgan som tolker barnekonvensjonen slik at det bør legges relativt stor vekt på disse uttalelsene ved tolking og anvendelse av konvensjonens bestemmelser i praksis.»

I NOU 2008: 15 Barn og straff, trekkes det frem at de generelle kommentarene har betydelig vekt i den folkerettslige forståelse av konvensjonen, og ettersom norske domstoler må tolke de inkorporerte konvensjonsbestemmelsene med utgangspunktet i folkerettslig juridisk metode må det samme gjelde i norsk rett.²⁷

Spørsmålet om General comments fra FNs barnekomité's rettskildevikt, ble tatt opp i Rt. 2009 s. 1261, hvor førstvoterende viser til det som ble sagt i forarbeidene til barnelova og uttalte at det ikke kunne legges mer i dette enn at det formelle grunnlaget for at uttalelsen er avgitt, har en viss betydning for den vekt den skal tillegges. «Det avgjørende vil likevel være hvor klart

²⁵ *Lærebok i utlendingsrett* (2013) s. 37

²⁶ s. 26

²⁷ I NOU 2008: 15 Barn og straff, s. 100

den må anses å gi uttrykk for overvåkinsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkningsuttalelse, eller mer som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område.» Videre mener førstvote-rende man må vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsanvendelsen, særlig ved generelle uttalelser som ikke er knyttet til enkeltsaker eller landrapporter, og som ikke har vært gjenstand for dialog mellom komitéen og den berørte staten.²⁸

2.7 Forholdet mellom utlendingsforvaltningen, storting og regjering

Stortinget godkjenner hovedprinsippene for reguleringen av innvandringen, jf. utl. § 75. Når det gjelder Norges internasjonale forpliktelser, har Stortinget som nevnt gitt fra seg myndighet til internasjonale organer.

Utgangspunktet er at det innenfor rammene av Norges internasjonale forpliktelser, er et politisk spørsmål hvor mange som skal gis opphold i landet på humanitært grunnlag, og at terskelen avgjøres ut fra politiske avveininger.²⁹ Terskelen for rimelighetsvurderingen etter bestemmelsen er altså i første rekke et politisk spørsmål.³⁰

UDI og UNE er i dag underlagt Justis- og beredskapsdepartementet, både faglig og administrativt. UNE er klageorgan for vedtak truffet av UDI, og er et domstollignende forvaltningsorgan. Departementet kan ikke instruere UDI og UNE i enkeltsaker etter utlendingsloven, og kan heller ikke instruere UNE om lovtolkning og skjønnsutøvelse, jf. utl. § 76 annet ledd. Styring av UNE må skje gjennom lov og forskrift. UNEs uavhengige stilling er ment å være en garanti for forutberegneligheten og likebehandling under skiftende regimer. Dette gjelder særlig på området der Norge har forpliktet seg internasjonalt.³¹ For å ivareta grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn, er det i § 76 tredje ledd fastsatt at departementet i slike saker kan instruere uavhengig av begrensningene i annet ledd.

²⁸ Avsnitt 44

²⁹ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 108, jf. NOU 2004: 20 s. 264

³⁰ NOU 2004:20 s. 264

³¹ *Utlendingsloven Kommentarutgave* (2010) s. 464

2.8 Kort om forvaltningens frie skjønn og domstolenes prøvelsesrett

Hvorvidt det foreligger sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket i en sak, hører under forvaltningens frie skjønn. Forvaltningens avgjørelser er derfor i utgangspunktet unndratt domstolenes prøvelsesrett og kan bare prøves etter de alminnelige regler om domstolskontroll med forvaltningens frie skjønn. Et vedtak kan bare kjennes ugyldig dersom det foreligger feil faktum, feil rettsanvendelse, herunder forholdet til våre menneskerettslige forpliktelser,³² feil saksbehandling, usaklig hensyn, vilkårlighet, myndighetsmisbruk eller grov urimelighet.³³

Hensynet til barnets beste er imidlertid underlagt en noe utvidet domstolskontroll, ettersom dette hensynet er forankret i BK art. 3, jf. utl. § 3. Dette slo Høyesterett fast i Rt. 2009 s. 1261.³⁴ Domstolene kan, samt etter omstendigheter plikter, å kontrollere at forvaltningens skjønnsutøvelse er forenelig med Norges internasjonale forpliktelser. Førstvoterende uttaler at domstolenes oppgave blir å kontrollere forvaltningens forståelse av begrepet «barnets beste» på det aktuelle saksområdet, samt at hensynet er forsvarlig vurdert og avvendt mot eventuell motstående hensyn. «Den konkrete vurderingen av barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen, hører derimot under forvaltningens frie skjønn.» Dette ble også bekreftet av Høyesterett i Rt. 2012 s. 1985.³⁵

2.8.1 Adgangen til å avsi fastsettelsesdom for brudd på EMK og BK

Etter EMK art. 13 skal enhver hvis rettigheter eller friheter fastlagt i konvensjonen blir krenket, ha en effektiv prøvingsrett ved en nasjonal myndighet. Etter tvisteloven § 1-3 kan det reises sak for domstolene om rettskrav. Som det fremkommer av forarbeidene var utvalgets konklusjon at den foreslåtte bestemmelse, tvisteloven § 1-3, åpner for fastsettelsesdom for brudd på EMK der det er et reelt behov for fastsettelsesdom for konvensjonsstrid.³⁶ Videre har Høyesterett fastslått at det er prosessuell adgang til å avsi fastsettelsesdom for at en utsendelse krenker EMK art. 8 om retten til privatliv, jf. Rt. 2012 s. 2039.

³² Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 142

³³ Rt. 2008 s. 681 avsnitt 46, jf. *Utlendingsloven kommentarutgave* (2010) s. 305

³⁴ Avsnitt 76-77

³⁵ Avsnitt 149

³⁶ NOU 2001: 32, Bind A s. 93

Når det gjelder fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen, stiller konvensjonen i utgangspunktet ikke krav om et effektivt rettsmiddel slik EMK gjør. I Rt. 2012. s. 2039 fant flertallet at det ikke kan avsies fastsettelsesdom for brudd på BK, slik at dette må sies å være det rettslige utgangspunkt på nåværende tidspunkt. Se imidlertid punkt 4.1.5.

3 Opphold på humanitært grunnlag, utlendingsloven

§ 38

3.1 Nærmere om temaets og problemstillingens bakgrunn

Det er flere årsaker til at barn og barnefamilier reiser fra sitt hjemland for å søke om asyl. Væpnede konflikter, vanskelige humanitære forhold og fattigdom er noen av årsakene. Flere studier viser imidlertid at mange barn og barnefamilier forlater hjemlandet av økonomiske og sosiale årsaker, for eksempel som følge av et ønske om en bedre utdanning- og fremtidsmulighet, eller for å bedre familiens økonomiske situasjon i hjemlandet.³⁷ Til tross for at velferds- og sikkerhetssituasjonen i Norge er betraktelig bedre enn i de fleste land asylsøkere kommer fra, vil ikke det nødvendigvis si at det er til barnets beste å få bli i Norge. Det er knyttet betydelige verdier til å vokse opp der røttene dine stammer fra i tillegg til at man vil ha en sterk tilhørighet til hjemlandet, sosialt og kulturelt, typisk gjennom språk og nettverk.³⁸ Barn som ikke har en tilsvarende tilknytning til sitt hjemland som til Norge, befinner seg på den annen side i en ytterligere sårbar stilling hva gjelder retur til deres hjemland.

Det er i dag mange familier med endelig avslag på asyl som ikke returnerer til sitt hjemland. Årsakene til at de ikke returnerer kan være flere og sammensatte, men felles er at det som regel foreligger en sterk motvilje til å returnere. Motviljen kan være som følge av frykt for konsekvensene ved å returnere, eller det kan være knyttet sterk uenighet til avslaget som gjør at familien protesterer ved å bli værende og «klamrer seg fast» i håp om oppholdstillatelse. Det kan også være at familien fortsatt har et håp om et bedre liv for familien i Norge.³⁹

Praksis fra UNE viser at mange med avslag gjentatte ganger anmoder om omgjøring av det tidligere vedtaket. En omgjøringsanmodning gir ikke i seg selv rett til å bli værende i Norge mens den behandles. De som ikke reiser frivillig kan bli sendt ut med tvang, men det forutsetter ofte at utlendingen samarbeider om retur ved å klarlegge sin identitet og skaffe reisedokumen-

³⁷ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 10

³⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 159

³⁹ Einarsen (2013) s. 288

ter, noe det er mange som ikke gjør. I tillegg er det enkelte land som nekter å ta imot personer som ikke vil reise hjem frivillig.⁴⁰

3.2 Generelt om bestemmelsen

Utl. § 38 gir som nevnt utlendingsforvaltningen adgang til å innvilge oppholdstillatelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket. Bestemmelsen er en praktisk viktig unntaksbestemmelse. Den er en videreføring av den tidligere utl. § 8 annet ledd. § 38 er gjort mer detaljert for å gi klarere rammer og veiledning for skjønnsutøvelsen, særlig fordi UNE bare kan instrueres gjennom lov eller forskrift.⁴¹

Det ble også fra flere høringsinstanser etterlyst en klarere angivelse av terskelen for opphold etter utl. § 38. Departementet ville også at ordlyden skulle gjenspeile de politiske målsettingene ettersom terskelen for oppholdstillatelse berører klare politiske avveininger og har betydning for innvandringen til Norge. Samtidig kan ikke praksis styres helt gjennom lovgivningen, men må være åpen for avveining.⁴² I NOU 2004 fremkommer det at den nye bestemmelsen også måtte angi et vidt rom for skjønn. Det heter at «Det vil ikke være forsvarlig å operere med generelle og absolutte vilkår som hindrer at konkrete menneskelige hensyn kan tillegges avgjørende vekt. Rimelighetsbestemmelsen kan heller ikke formes slik at den blir rettslig forpliktende.»⁴³ Det må altså være rom for en konkret avveining.

Det følger videre av forarbeidene til utl. § 38 at de politiske målsettingene må være at Norge skal føre en human, solidarisk og rettssikker innvandrings- og flyktningspolitikk. Videre følger det at det er viktig at det tas hensyn til grupper som er spesielt sårbare i en flyktningsrelatert sammenheng, for eksempel barn.⁴⁴ Forarbeidene trekker videre frem at forvaltningen må tilstrebe en praksis som ivaretar likebehandling og internasjonale forpliktelser.⁴⁵ Samtidig fremheves det at når man er utenfor Norges internasjonale forpliktelser og spørsmålet ikke lenger

⁴⁰ UNE, Ett år etter «Barn på flukt» (2013) s. 4-5

⁴¹ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 153

⁴² Ibid s. 152

⁴³ NOU 2004: 20 s. 264

⁴⁴ Ot prp. nr. 75 (2006-2007) s. 152

⁴⁵ Ibid s. 420

dreier seg om beskyttelse mot fremtidig fare, er det nødvendig å foreta en avveining i forhold til innvandringsregulerende hensyn.⁴⁶

§ 38 oppstiller to alternative grunnlag for oppholdstillatelse: opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn *eller* særlig tilknytning til riket. Grunnlagene går imidlertid ofte over i hverandre: dersom en utlending har særlig tilknytning til riket, kan det medføre at det foreligger sterke menneskelige hensyn. Det å bli revet fra sitt miljø og sitt vante liv, er en menneskelig belastning som vil kunne begrunne sterke menneskelige hensyn.⁴⁷ Departementet har imidlertid understreket at «særlig tilknytning til riket» har et selvstendig innhold, og at tillatelse kan innvilges selv om det ikke foreligger sterke menneskelige hensyn. Dette forutsetter riktignok at tilknytningen er tilstrekkelig sterk.⁴⁸

Jeg vil nå ta for meg sterke menneskelige hensyn i relasjon til lengeværende barn. Særlig tilknytning til riket vil bli behandlet nærmere i punkt. 4.2.

3.2.1 Kort om sterke menneskelige hensyn

I saker om lengeværende barn og deres familier foreligger det ofte andre humanitære hensyn i tillegg til tilknytningen til Norge, typisk helsemessige forhold, omsorgssituasjon, situasjonen i hjemlandet med videre, som inngår i helhetsvurderingen etter utl. § 38.

Som det følger av § 38 annet ledd skal det foretas en totalvurdering av saken for å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn. Dette beror på en helhetlig og sammensatt vurdering, hvor flere forhold som i seg selv ikke utgjør sterke menneskelige hensyn, samlet kan gi grunnlag for oppholdstillatelse.⁴⁹ I utgangspunktet kan alle humanitære hensyn vektlegges. Både individuelle forhold, herunder kjønn, alder, sykdom, traumer, uførhet, sårbarhet, manglende familie og/eller nettverk i hjemlandet, tilknytning til Norge, og generelle forhold i hjemlandet, herunder volds-

⁴⁶ Ibid s. 152

⁴⁷ Bernt (2013) s. 326

⁴⁸ *Utlendingsloven kommentarutgave* (2010), jf. Ot.prp nr. 75 (2006-2007) s. 153, jf. s. 420

⁴⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 420

handlinger, diskriminering, trakassering, nød, fattigdom mangel på arbeid, bolig og helsetjenester kan tillegges vekt ved vurderingen.⁵⁰

Noen av de praktisk mest viktige momentene er angitt i bestemmelsens annet ledd i bokstav a-d, hvorav alternativ c, om det foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for tillatelse, er den mest aktuelle for de lengeværende barna. Det følger av forarbeidene at forhold som er knyttet til økonomisk nød, boligmangel, mangel på infrastruktur med videre, som hovedregel ikke kan danne grunnlag for opphold i seg selv. Det trekkes imidlertid frem at blant annet situasjonen for barnefamilier kan gjøre at retur ikke kan anses humanitært tilrådelig som følge av deres særlig sårbare situasjon. Momenter av betydning for opphold skal bli innvilget kan være hvorvidt det foreligger familiært eller sosialt nettverk, eventuelle offentlige støtteordninger i hjemlandet med videre.⁵¹

⁵⁰ *Lærebok i utlendingsrett* (2013) s. 318

⁵¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 157

4 Avveining mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn

4.1 Nærmere om hensynet til barnets beste

4.1.1 Generelt om hensynet og dets anvendelse

Det følger av § 38 tredje ledd at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn. Bestemmelsen gjenspeiler prinsippet i BK art. 3.1. Hensynet innebærer at barnets beste skal vurderes i alle saker som vedrører barn.

Barnekonvensjonen medfører at barn må ses som et rettssubjekt med egne rettigheter etter folkeretten. Med «barn» menes alle personer under 18 år, både enkeltpersoner og barn som gruppe. Barnes beste er altså både en individuell og en kollektiv rett.⁵² Forpliktelsene i barnekonvensjonen gjelder også barn med en uavklart tilknytning til landet, for eksempel asylbarn eller barn uten lovlig opphold i landet. Dette ligger først og fremst i konvensjonens ordlyd «barn», men er også i tråd med grunnprinsippet om ikke-diskriminering.⁵³ Sårbare grupper av barn kan generelt sies å ha en sterkere interesse av å uttale seg og bli hørt om forhold som omhandler dem enn andre barn. Disse barna er spesielt utsatt for å bli overkjørt og utestengt som følge av deres sårbarhet og deres mangel på ressurser, og det er derfor særlig viktig å ivareta deres uttalerett.⁵⁴

Videre følger det av utl. § 38 at barn kan gis oppholdstillatelse etter bestemmelsens første ledd selv om situasjon ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen. Det skal med andre ord mindre til for et barn å bli innvilget opphold etter § 38, enn for en voksen i samme situasjon. Hensynet bak dette er at barn generelt er mer sårbare enn voksne, og at det etter en konkret vurdering kan være grunn til å innvilge oppholdstillatelse selv om det ikke foreligger et beskyttelsesbehov eller humanitære forhold som ville gitt oppholdstillatelse

⁵² CRC/GC/2013/14 s. 7-8

⁵³ *Barn som samfunnsborgere – til barnets beste?* (2010) s. 192

⁵⁴ *Barn som samfunnsborgere – til barnets beste?* (2010) s. 192, jf. CRC/GC/2009/12 s. 27

til en voksen.⁵⁵ Det er uttalt i forarbeidene at «Hensynet til barns mer sårbare posisjon enn voksnes, vil være ett av de praktisk sett viktigste vurderingstemaene i saker som skal vurderes etter den aktuelle rimelighetsbestemmelsen».⁵⁶

4.1.2 Prinsippet om og vurdering av barnets beste

Prinsippet om barnets beste er en standard hvor meningsinnholdet avgjøres utfra kulturelle kontekster med faktorer som kjønn, etnisk tilhørighet, sosial og kulturell kontekst, grad av modenhet og erfaring, utviklingshemninger med videre.⁵⁷ I vurderingen av hva som er barnets beste må de konkrete forholdene vurderes individuelt for det enkelte barnets situasjon. Dette er også fastslått av EMD.⁵⁸

I vurderingen av barnets beste er det for det første nødvendig at faktum vedrørende barnets bakgrunn, tidligere opplevelser og risiko ved tilbakesending, samt barnets nåværende situasjon, familie- og omsorgssituasjon klarlegges og tas med i vurderingen. I vurderingen kommer også eventuelle helsemessige og humanitære forhold inn, sterke menneskelige hensyn, jf. ovenfor i punkt 3.2.1. Hvordan omsorgssituasjonen er i hjemlandet ved en eventuell retur, er også viktig i vurderingen. Foreldres omsorgsevne og eventuelt andre omsorgsalternativer må vurderes, i tillegg til hva slags støtteapparat som finnes i hjemlandet. I tillegg må barnets eget ønske tillegges vekt ved vurderingen, jf. uf. § 17-3 og BK art. 12.⁵⁹

Som det følger av UNEs praksis er retursituasjonen og omsorgssituasjonen ved retur ofte momenter som vurderes innunder helhetsvurderingen av om det er til barnets beste å få bli i Norge.⁶⁰ Enkeltsaker viser at det ses hen til hvorvidt familien har øvrig familie eller nettverk i hjemlandet, samt hvordan humanitær- og sikkerhetssituasjon er i hjemlandet.⁶¹ Det fremkommer videre av saker fra UNE at andre forhold, for eksempel helsemessige fysiske eller psykiske forhold hos barna eller foreldrene, vurderes innunder helhetsvurderingen. Dette kan typisk være

⁵⁵ Innst. O. nr. 42 (2007-2008) s. 24-25

⁵⁶ NOU 2004:20 s. 268

⁵⁷ *Barn som samfunnsborgere – til barnets beste?* (2010) s. 16

⁵⁸ *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* avsnitt 138

⁵⁹ *Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge* (2012) s. 287-288

⁶⁰ UNEs praksisbase, ref. N115780623, ref. N124090214

⁶¹ UNEs praksisbase, Ibid, samt ref. N14079318

problemer med atferd eller konsentrasjonsvansker, oppfølging og bistand fra barnevernet eller andre støttepersoner.⁶²

Det er videre viktig at konsekvensene for de alternative løsningene vurderes, på kort og lang sikt, for det berørte barnet. Som det følger av barnevernloven § 4-1 og BK art. 20, er en stabil omsorgssituasjon og kontinuitet av voksenkontakt sentrale momenter. I vurderingen av om barnet skal bli værende der det er, eller om det skal flyttes, legges det vekt på barnets tilknytning, samt hvor robust eller hvor sårbart det er. Disse momentene må også sies å være relevante i asylsaker. Asylbarna har ofte opplevd mye uro og ustabile forhold, og det er spesielt viktig med ro, kontinuitet, stabilitet og forutberegnelighet for disse barna. Dette må vurderes konkret i hver sak.⁶³

Enkeltsaker fra UNE viser at stabilitet og trygge rammer vurderes og vektlegges der det foreligger forhold som tyder på at barnet eller barna har hatt en vanskelig bakgrunn eller andre forhold som gjør at slike hensyn særlig må vektlegges.⁶⁴

4.1.3 Vekten av barnets beste

Det må videre vurderes individuelt hvor tungt hensynet til barnets beste er i den konkrete sak opp mot de øvrige hensyn. Hvor sikkert det er at løsningen er til barnets beste, om løsningen som er til barnets beste er mye bedre for barnet enn alternativet og om den alternative løsningen vil ha alvorlige negative konsekvenser for barnet, er momenter innunder vurderingen. Dersom barnet er sentralt i saken, og den ene løsningen klart er bedre for barnet enn de øvrige alternativene, skal det desto tyngre argumenter til for å sette barnets beste til side.⁶⁵ Dette ble også trukket frem av Regjeringen i stortingsmeldingen fra 2012.⁶⁶ Å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn som ikke kan anses forsvarlig ut fra en vurdering av hensynet til barnets beste, vil kunne innebære en krenkelse av barnekonvensjonen.

⁶² UNEs praksisbase, ref. N12409014, ref. N133589311

⁶³ *Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge* (2012) s. 287

⁶⁴ UNEs praksisbase, Ref. N124090214, Ref. N133589311

⁶⁵ *Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge* (2012) s. 293

⁶⁶ s. 46

I Rt. 2009 s. 1261⁶⁷ uttalte Høyesterett om BK art. 3 at: «Utrykket «a primary consideration» innebærer rent språklig at hensynet til barnets beste ikke er det eneste, og heller ikke det avgjørende hensynet i saker som berører barns interesser.» Dette er i tråd med hva som synes å være meningen med bestemmelsen. I 1978 foreslo Polen at barnets beste skulle være «the paramount consideration». Under høringen ble det i stedet foreslått «a primary consideration». Flere delegater mente det polske forslaget var for vidtrekkende, og at statene kunne ha tilsvarende høyverdige interesser som måtte kunne tas i betraktning. Ordlyden «A primary consideration», ble derfor vedtatt.⁶⁸

I konvensjonens forarbeider heter det videre at: «With regard to the revised text.. a number of delegations questioned whether the best interest of the child should be the primary considerations in all actions. It was generally noted that there were situations in which the competing interest, inter alia, of justice and of the society at large should be of at least equal, if not greater, importance than the interest of the child».⁶⁹ Som nevnt er ikke forarbeidene til konvensjonen av særlig tung rettskildemessig vekt, men sitatet er interessant som tolkningsfaktor sett utfra at det gir uttrykk for partenes felles vilje og forståelse av hensynet.

Ordlyden markerer altså at også andre hensyn enn hensynet til barnets beste kan tillegges vekt ved vurderingen av saker som berører barn.

4.1.3.1 Avveining

Til tross for at en gitt løsning anses å være til barnets beste, er det i saker om lengeværende barn som regel alltid nødvendig å foreta en avveining i forhold til de innvandringsregulerende hensyn. I NOU 2004:20 fremgår det at «det heller ikke i saker som gjelder barn, utelukkende skal legges vekt på hva som er barnets beste. Det er opplagt at det i svært mange sammenhenger hvor barnefamilier fra den fattige del av verden fremmer søknader om asyl i Norge, isolert

⁶⁷ Avsnitt 31

⁶⁸ Legislate History of the Convention on The Rights of the Child Volume 1 (2007), s. 337, jf. s. 339, jf. Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 31-32

⁶⁹ Legislate History of the Convention on The Rights of the Child Volume 1 (2007), s. 345

sett vil være til barnets beste dersom familien blir gitt opphold i Norge.»⁷⁰ Til tross for dette må det foretas en avveining i forhold til innvandringsregulerende hensyn.

Departementet har presisert at BK art. 3 ikke gir noe direktiv for hvordan den enkelte sak skal avgjøres etter at forvaltningen har tatt hensyn til barnets beste i den enkelte sak, og understreker at motstående hensyn, for eksempel hensynet til en kontrollert og regulert innvandring, i utgangspunktet kan tillegges like stor eller større vekt. Forarbeidene viser til det som er uttalt av utvalget: «Selv om hensynet til barnets beste skulle tilsi at barnet innvilges opphold i Norge (...), er derfor ikke barnekonvensjonen i seg selv til hinder for at innvandringsregulerende hensyn likevel kan legitimere et avslag på opphold (...).»⁷¹

Plenumsavgjørelsen inntatt i Rt. 2012 s. 1985 gjaldt gyldigheten av et avslag på søknad om asyl og opphold i Norge for en iransk familie med barn som på vedtakstidspunktet hadde bodd i Norge i lang tid. Om avveiningen av hensynet til barnets beste opp mot andre interesser, uttaler førstvoterende i Rt. 2012 s. 1985: «Samlet viser forarbeidene - og etterarbeidene i Meld. St.27 (2011-2012) – at hensynet til barnets beste skal veie tungt. Det skal legges vekt på tilknytningen som er opparbeidet også mens barnet har hatt ulovlig opphold i landet. Hensynet til barnets beste kan imidlertid avveies mot eventuelle motstridende interesser. Innvandringsregulerende hensyn kan være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste, jf. det tidligere sitatet fra Ot.prp.nr 75 (2006-2007) side 160. Men jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende.»⁷² Se om mindretallets syn nedenfor i punkt 4.2.

Rt. 2012 s. 2039 ble avsagt samme dag som Rt.2012 s. 1985, og la også denne dommen til grunn. Også denne saken ble avgjort i plenum. Saken ble behandlet i sammenheng med den første dommen. Saken i Rt. 2012 s. 2039 gjaldt spørsmålet om gyldigheten av UNEs avslag på søknad om opphold på humanitært grunnlag for en familie fra Bosnia- Hercegovina som hadde fått barn i Norge. Det eldste barnet hadde på vedtakstidspunktet bodd i Norge i mer enn syv år.

⁷⁰ NOU 2004: 20 s. 268

⁷¹ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 160

⁷² Avsnitt 134

Når UNE avveide betydningen av det eldste barnets tilknytning til Norge sammenholdt med de innvandringspolitiske hensyn, kom de til at de innvandringspolitiske hensyn gjorde seg «sterkt gjeldende i en sak som denne», og at disse hensynene måtte gis «større vekt» ved helhetsvurderingen i denne saken, og at de «tilsier» at tillatelse ikke gis. Det ble i denne sammenhengen vist til at familien, til tross for at plikten til å forlate Norge hadde vært påpekt flere ganger, ikke hadde rettet seg etter dette og at de dermed hadde oppholdt seg ulovlig i riket i mer enn 4 år og 10 måneder.⁷³ Flertallet fant at det ikke var tvilsomt at UNE hadde lagt en riktig forståelse av utl. § 38 til grunn for sin vurdering av om det skulle gis oppholdstillatelse. Det ble vist til at hensynet til barnets beste, herunder det eldste barnets tilknytning til Norge, var vektlagt og forsvarlig vurdert og avveid mot motstående hensyn. I tillegg tilfredsstilte vedtaket kravene til begrunnelse i utl. § 38 tredje ledd. Høyesterett mente videre UNE hadde foretatt en forsvarlig hetskontroll av å returnere barna ved vurderingen av retur- og omsorgssituasjonen.⁷⁴

Annenvoterende, mindretallet, mente at UNEs vedtak var ugyldig. Han viste til sitt votum i Rt. 2012 s. 1985, hvor han blant annet fremhevet at ulovlig opphold og manglende medvirkning til utreise kan vektlegges ved avveiningen etter BK art. 3 nr. 1, men at «... løsningen som best tjener lengeværende barn med tilknytning til riket vanskelig kan velges bort, under henvisning til at barnets tilknytning til Norge er etablert ved ulovlig opphold, og fordi foreldrene har forholdt seg passive og ikke har medvirket til utreise.» Annenvoterende mente videre at UNEs begrunnelse, som vist til ovenfor, skapte betydelige tvil knyttet til om hensynet til barnets beste var blitt behandlet som så grunnleggende som BK art. 3 nr. 1 krever, og om dette hadde vært forsvarlig vurdert og avveid.⁷⁵

I Rt. 2013 s. 449, fulgte Høyesterett linjen fra plenumsavgjørelsene fra 2012. Saken gjaldt riktignok ikke tidligere asylsøkere, men en pakistansk familie på mor og tre barn som hadde lovlig opphold i Norge i perioden 1986-1997 før de returnerte til Pakistan. I 2003 vendte familien tilbake til Norge. Familiens søknader om oppholdstillatelse i Norge ble avslått og moren ble samtidig utvist. Høyesteretts flertall kom til at hensynet til barnets beste, jf. BK art. 3, var for-

⁷³ Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 50

⁷⁴ Avsnitt 53-56

⁷⁵ Avsnitt 112

svarlig vurdert og avveid mot innvandringsregulerende hensyn, jf. utl. § 38, og UNEs vedtak ble ansett gyldig. Mindretallet mente derimot at UNE i sitt vedtak hadde bygget sitt skjønn på en uriktig forståelse av hvilke hovedhensyn som vil ha relevans, samt en manglende forståelse av at også vekten av de innvandringsregulerende hensyn må relativiseres.⁷⁶ Mindretallet mente videre at det ulovlige oppholdet ikke kunne bebreides ungdommene uten at det også tas hensyn til at de ikke hadde noen innflytelse på at de kom til Norge, og at de vanskelig kunne ha reist tilbake til Pakistan alene.⁷⁷ Det ble uttalt at ««Innvandringspolitiske hensyn» er ikke en trylleformular; prinsipielt sett er det de konkrete omstendigheter i det enkelte tilfellet som skal tillegges vekt. Hvor stor grad av bebreidelse er det rom for, og hvilken vekt har de allmennpreventive hensyn i den konkrete situasjonen.»⁷⁸

Flertallets syn i dommene viser at innvandringsregulerende hensyn som ulovlig opphold og manglende medvirkning til retur, kan være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste, til tross for barnas sterke tilknytning og at barnets beste talte for at opphold ble gitt. Det faktum at det foreligger dissens i begge plenumsavgjørelsene og avgjørelsen fra 2013 viser at det foreligger nokså stor uenighet blant Høyesteretts dommere på dette området. Som jeg vil komme nærmere inn på nedenfor er mindretallets tolkning i samsvar med andre rettskilder på området.

Et spørsmål som settes på spissen er, som mindretallet var inne på i avgjørelsen fra 2013, om de innvandringsregulerende hensyn kan trumfe hensynet til barnets beste på generelt grunnlag. I tillegg er det spørsmål om hvor stor vekt ulovlig opphold for lengeværende barn skal tillegges, særlig fordi det som regel er grunnet foreldrenes handlemåte at barna blir værende i Norge ulovlig.

4.1.4 Nærmere om betydningen av foreldrenes handlemåte

Et spørsmål som reiser seg når foreldrene bevisst har trenert saken om oppholdstillatelse for familien, eller bevisst har sviktet i omsorgen av barna sine, er om de norske myndighetene kan bruke dette som en grunn til ikke la barnets beste bli utslagsgivende for om opphold skal gis.

⁷⁶ Avsnitt 141

⁷⁷ Avsnitt 124

⁷⁸ Avsnitt 139

Rimelighet- og rettferdighetshensyn taler mot at foreldre som bevisst ikke retter seg etter vedtak fra myndighetene får belønning i form av opphold i forhold til de som er lovlydige og som retter seg etter vedtakene. Et annet vesentlig hensyn er at foreldrene ikke skal bruke barna som middel for å oppnå oppholdstillatelse.⁷⁹ På den annen side, dersom barna identifiseres med foreldrenes handlinger i tilfeller hvor utreiseplikten ikke respekteres, vil barna følgelig stå svakt.

Det er foreldre som har det primære ansvar for barna sine. Det er foreldrene som har tatt med seg barna til Norge, og som velger å ikke reise tilbake til hjemlandet etter et endelig avslag på oppholdstillatelse. Departementet peker i forarbeidene på at det er viktig å understreke at barna selv er uskyldige i den aktuelle livssituasjonen, og at det er foreldrene som må ta ansvar for at familien har søkt om asyl, og ikke returnerer etter endelig avslag.⁸⁰ Det er videre viktig å være klar over risikoen for at barna kan bli utnyttet av foreldrene. Man må være bevisst at «regler som er utformet til gunst for barn, også kan føre til at barn blir utnyttet av foreldre som har sterke ønsker om å sikre oppholdstillatelse» for familien. Departementet har uttalt at det er viktig å føre en restriktiv praksis i disse tilfellene, for å ikke påvirke foreldre i andre saker til å handle på samme måte.⁸¹

Det er også eksempler fra UNEs praksis på saker hvor det forhold at foreldrene bruker barna for å oppnå tillatelse, tillegges sterk vekt mot at oppholdstillatelse bør gis. Allmennpreventive hensyn tilsier at praksis i slike saker bør være restriktiv.⁸²

Høyesterett har om dette uttalt at barnet ikke skal straffes for den situasjonen foreldrene har satt de i, men det betyr likevel ikke at innvandringsregulerende hensyn ikke kan bli avgjørende når det vurderes om lengeværende barn og deres familier skal få opphold, jf. Rt. 2012 s. 1985.⁸³ I saken hadde de ankende parter gjort gjeldende at det å identifisere barnet med foreldrenes brudd på utlendingsloven var det samme som å «straffe» barnet for noe foreldrene hadde gjort. Høyesterett mente dette var en feil tilnærming, og viste til at når barna ikke kan bedømmes isolert sett fra foreldrenes ulovlige opphold, har det sammenheng med at barn i så fall lett vil

⁷⁹ *Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge* (2012) s. 295

⁸⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 166

⁸¹ *Ibid* s. 160

⁸² UNEs praksisbase, Ref. N1358451011, Ref. N11644959

⁸³ Avsnitt 113

kunne bli brukt som «middel» av foreldrene for å oppnå oppholdstillatelse ved å la være å forlate landet. Dette vil i så fall føre med seg uheldige følger for barna.⁸⁴ I Butt-saken var EMD enig med lagmannsrettens generelle holdning til at sterke innvandringspolitiske hensyn i prinsippet kan tale for at barnet identifiseres med foreldrenes atferd, og at det i mangel på slik identifikasjon kan være at foreldrene utnytter barnas situasjon for å sikre oppholdstillatelse for seg og barna. EMD bemerket imidlertid at behovet for å identifisere barn med foreldrenes atferd ikke alltid kan tillegges avgjørende vekt,⁸⁵ se nærmere nedenfor i punkt 5.1.

Mindretallet i Rt. 2012 s. 1985 mente det ikke var uproblematisk å foreta en alminnelig identifikasjon mellom barna og foreldrene, ved at foreldrenes forsømmelser med hensyn til utreise i seg selv skal hindre at barna gis opphold etter langt opphold i Norge. Videre påpekte mindretallet at «Ønsket om å fjerne det incitament til trenering som ligger i at også ulovlig oppholdstid regnes med, kan imidlertid – som jeg har vært inne på – trekkes inn. Men det skal likevel en del til før dette hensynet kan være en avgjørende innvending, dersom barnets tilknytning først er så sterk at den isolert sett begrunner oppholdstillatelse.»⁸⁶ Mindretallet trakk videre frem at den løsning som best tjener barnet vanskelig kan velges bort under henvisning til at barnets tilknytning til Norge er etablert ved ulovlig opphold og fordi foreldrene har vært passive og ikke medvirket til utreise.⁸⁷

Det forelå altså en uenighet blant Høyesteretts dommere når det gjelder hvor stor eller avgjørende vekt foreldrenes handlemåte skulle ha ovenfor barna; et spørsmål om hvor langt identifikasjonen skal rekke.

4.1.4.1 Hvem har ansvaret for at tilknytningen oppstår?

Et annet spørsmål er hvem som er ansvarlig for at barnas tilknytning, og dermed den ytterligere sårbare situasjonen oppstår som følge av ulovlig opphold; foreldrene eller norske myndigheter?

⁸⁴ Avsnitt 133

⁸⁵ Butt v. Norway avsnitt 79-80

⁸⁶ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 193-194

⁸⁷ Avsnitt 199

Ofte er langvarige opphold på mottak en følge av foreldrenes handlemåte. På den annen side er det norske myndigheters ansvar å sørge for at et avslag raskt blir effektivt for at barna ikke skal settes i en ytterligere sårbar situasjon.⁸⁸ Det å leve i en mangeårig uavklart situasjon er svært belastende og dessuten er ikke asylmottak tilrettelagt for et langvarig opphold for barn og unge. Dette er en situasjon som klart ikke er til barnets beste. Av rettsikkerhetsgrunner er det viktig med klagemuligheter for utlendinger som får avslag på søknader om opphold. Dette hensynet står imidlertid ikke like sterkt når det gjelder fornyede klager og gjentatte behandlinger av samme sak, såfremt det ikke har kommet nye, reelle opplysninger i saken.⁸⁹

Det er fremdeles helt nødvendig å iverksette tiltak for å få ned oppholdstiden i mottakene. Norske myndigheter plikter å ha systemer som gjør at barn ikke lever på mottak i flere år, samt at forholdene under mottakstiden er tilstrekkelige. Klarer det ikke det, kan det være å anse som brudd på BK.⁹⁰ Det blir i bunn og grunn norske myndigheters ansvar å sikre at systemet ikke gjør barna mer sårbare enn de allerede er, til tross for at foreldrene kan sies ikke og ha handlet i barnets beste interesser i de tilfeller hvor de trenerer saken.

4.1.5 Barnekomiteens merknader og generelle kommentarer

I merknader fra januar 2010⁹¹ utrykte FNs barnekomité bekymring over rapporter om at barn som har tilbrakt mange år i Norge, blir returnert på tross av Norges forsikring om at det vil bli lagt vekt på barns tilknytning til Norge i saker som gjelder opphold på humanitært grunnlag. FNs barnekomité anbefalte at man sørger for at det alltid blir tatt grunnleggende hensyn til barnets beste og barnets tilknytning til Norge når det skal tas en avgjørelse om barnets fremtid. Komiteen anbefalte også at Norge utarbeider retningslinjer for hvordan prinsippet om barnets beste skal anvendes i praksis.⁹²

Barnekomiteens generelle kommentarer nr. 14 fra mai 2013 «General Comment on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (art. 3.1)», tar sikte på

⁸⁸ *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge* (2012) s. 296

⁸⁹ Ibid

⁹⁰ Ibid

⁹¹ CRC/C/NOR/CO/4 (2010) s. 11-13 (avsnitt 50-52)

⁹² Ibid s. 5

å sikre anvendelsen av og respekten for barnets beste som hensyn og skal fungere som retningsgivende i beslutninger som tas vedrørende barn. Komiteen definerer kravene til å ta tilbørlig hensyn i alle gjennomføringstiltak som vedrører barn.⁹³

Komiteen understreker at barnets beste er et tredelt konsept: For det første, en selvstendig rett. Det fastslås at bestemmelsen har selvkraft og kan bli påberopt ovenfor en domstol.⁹⁴ Dette er imidlertid ikke i samsvar med flertallets syn i Rt. 2012. s. 2039, hvor de fant at det ikke kan avsies fastsettelsesdom for brudd på BK, noe som kan, og bør, få betydning for det nåværende rettslige utgangspunkt i fremtidige saker.

For det andre er art. 3 nr. 1 et grunnleggende, fortolkende juridisk prinsipp. Dersom en lovbestemmelse er åpen for mer enn én tolkning, skal den tolkningen som best tjener barnets beste velges. For det tredje er art. 3 nr. 1 en prosedyreregulering. Når det skal fattes en avgjørelse som berører barn skal beslutningsprosessen inkludere en vurdering av mulige konsekvenser, positive og negative, for barnet eller berørte barn.⁹⁵

Det kreves videre en begrunnelse som viser at retten har tatt eksplisitt hensyn til barnets beste i avgjørelsen, herunder hva som var vært ansett for å være i barnets beste interesse, hvilke kriterier det er basert på og hvordan barnets interesser er blitt veid opp mot andre hensyn, samt hvilken vekt det har hatt. Dette gjelder uavhengig om de andre hensyn berører politiske spørsmål eller individuelle tilfeller.⁹⁶ Dersom et vedtak avviker fra barnets synspunkter, bør årsaken til dette fremgå klart. Dersom den valgte løsningen ikke er til barnets beste, må begrunnelsen for dette fastsettes for å vise at barnets beste var et grunnleggende hensyn tross utfallet. Komiteen uttaler at det ikke er tilstrekkelig å på generelt grunnlag angi at andre hensyn overstyrer hensynet til barnets beste. Alle hensyn må spesifiseres eksplisitt i forhold til den aktuelle saken, og grunnen til at andre hensyn er blitt tillagt mer vekt må forklares.⁹⁷

⁹³ CRC/C/GC/14 (2013) s. 4-5, jf. s. 12 flg.

⁹⁴ Ibid s. 4

⁹⁵ Ibid s. 4

⁹⁶ Ibid s. 4

⁹⁷ Ibid s. 20

Komiteen oppstiller altså krav til hvordan vedtak som berører barn skal begrunnes. Dette bør få betydning for domstolskontrollen med om bestemmelsen er anvendt riktig: Det kan vanskelig tenkes en kontroll av lovmessigheten til et vedtak uten at momentene som inngår i vurderingen, samt deres verdi og selve vektingen ikke fremkommer.⁹⁸

Videre fastsetter komiteen hvordan vilkåret om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn skal forstås. Med «skal» menes at det ikke kan utøves skjønn med hensyn til om barnets beste interesser skal vurderes og tillegges vekt som et grunnleggende hensyn. Med «grunnleggende hensyn» menes at barnets beste ikke kan vurderes på samme nivå som alle andre hensyn. Denne «sterke» ordlyden blir rettferdiggjort av den spesielt sårbare situasjonen barn befinner seg i. Barn har mindre mulighet enn voksne til å snakke for og kjempe for sin egen sak. Konflikter mellom barnets beste og andre interesser må forsøkes å harmoniseres. Dersom det ikke er mulig å harmonisere barnets beste med motstridene hensyn, må statene analysere og veie rettighetene til de berørte med tanke på at barnets interesser skal ha høy prioritet, og ikke bare være ett av flere hensyn. Det heter i kommentaren at: «Therefore, a larger weight must be attached to what serves the child best». Det som tjener barnet best, må altså vektlegges tyngre. Det trekkes frem at ordlyden «grunnleggende», krever en bevissthet om prioritering av hensyn, særlig i handlinger som har en stor og klar innvirkning på det berørte barn.⁹⁹

Dette vil si at det ved motstridende interesser for det første må foretas en avveining mellom de ulike hensyn i den konkrete sak, og for det andre at ingen hensyn kan trumfe hensynet til barnets beste på generelt grunnlag.¹⁰⁰

Elementer som skal tas i betraktning ved vurderingen av hva som er barnets beste gjelder for det første barnets egne synspunkter. Komiteen trekker frem at art. 3 nr. 1 ikke er riktig anvendt dersom kravene i art. 12 om barnets rett til å bli hørt, ikke er oppfylt.¹⁰¹ Komiteen trekker videre frem viktigheten av at barnet bevarer sin identitet, herunder at det tas hensyn til kontinuitet i barnets oppdragelse og til barnets etniske, religiøse og språklige bakgrunn. Dette gjelder imid-

⁹⁸ Havre (2013) (Sitert Lovdata 18.03.14)

⁹⁹ CRC/C/GC/14 (2013) s. 10

¹⁰⁰ Havre (2013) (Sitert Lovdata 18.03.14)

¹⁰¹ CRC/C/GC/14 (2013) s. 43

lertid ikke praksis som er i strid eller uforenlig med rettigheter fastsatt i konvensjonen til barnets beste. Videre er bevaring av familiemiljøet og opprettholdelse av relasjoner et element komiteen trekker inn ved barnets beste-vurderingen.¹⁰²

Et annet viktig element som må vurderes innunder barnets beste, er sårbarhetssituasjonen. Komiteen trekker frem eksempler som funksjonshemming, tilhører av en minoritetsgruppe, flyktning eller asylsøker, offer for overgrep, er hjemløs med videre. Ettersom hvert barn er unikt må hver situasjon vurderes i henhold til barnets egenart og grad av sårbarhet.¹⁰³

Komiteen bemerker at forsinkelser og forlengende beslutningsprosesser har spesielt negativ effekt på barn mens de utvikler seg, og råder til at prosedyrer eller prosesser som vedrører eller påvirker barn skal prioriteres og gjennomføres på kortest mulig tid.¹⁰⁴ Komiteen uttrykte også bekymring i merknadene fra januar 2010 over den lange tiden det tar før det blir tatt en avgjørelse i saker om flyktningbarn og anbefalte Norge å treffe tiltak for å redusere tiden.¹⁰⁵

Som nevnt ovenfor under punkt 2.7, bidrar Barnekomiteens generelle kommentarer til en viktig tolkning av hvordan barnekonvensjonen skal forstås og har betydelig vekt også i norsk rett. Dette vil si at komiteens uttalelser om anvendelsen av barnekonvensjonen må inngå som rettskilde i saker vedrørende barn. Særlig relevant for avveiningen mellom hensynene er komiteens uttalelser om at det ikke er tilstrekkelig å på generelt grunnlag angi at andre hensyn overstyrer hensynet til barnets beste, og at det som tjener barnets beste må vektlegges tyngre ved avveininger med motstridende hensyn ettersom barnets interesser skal ha høy prioritet, og ikke bare være ett av flere hensyn. Videre er det faktum at momenter som kontinuitet, stabilitet, og sårbarhetssituasjon skal bli sett særlig hen til i vurderingen, av relevans for de lengeværende barna.

¹⁰² Ibid s.11-14

¹⁰³ Ibid s.16

¹⁰⁴ Ibid s. 19

¹⁰⁵ CRC/C/NOR/CO/4 (2010) avsnitt 50, jf. 52 s. 11-13

4.2 Nærmere om barnets tilknytning til riket

4.2.1 Utlendingsforskriften § 8-5

Uf. § 8-5 er ingen hjemmel for å innvilge oppholdstillatelse, men pålegger forvaltningen å tillegge barns tilknytning til riket særlig vekt ved vurdering av om det foreligger sterke menneskelige hensyn etter utl. § 38. Også denne bestemmelsen implementerer BK art. 3 nr. 1. Hensynet til barnets beste er en selvstendig vurdering, jf. ovenfor, som kommer i tillegg til vurderingen av barnets tilknytning til Norge. Det er imidlertid en sammenheng mellom disse to vurderingene, ettersom styrken av barnets tilknytning til Norge, og hjemlandet, er av betydning for vurderingen av hva som er barnets beste.

Uf. § 8-5 er en videreføring av utlendingsforskriften § 21b av 2007. Bakgrunnen for og formålet med at § 21b kom inn i forskriften var at barns tilknytning til riket skulle tillegges større vekt.¹⁰⁶ Det fremgår av Arbeids- og inkluderingsdepartementets rundskriv fra 2007 at terskelen for opphold skulle være noe lavere enn tidligere.¹⁰⁷ Forskriftsendringen medførte at saker som omfattet barn med en total oppholdstid på tre år eller mer, ble stilt i bero i påvente av endringen. En stor del av de berostilte sakene resulterte i oppholdstillatelse. Et særtrekk ved disse sakene var imidlertid at familiene hadde en lang lovlig oppholdstid som følge av berostillelsen.¹⁰⁸

I årene etter 2008 fikk langt færre barnefamilier oppholdstillatelse. Regjeringen mente i St. Meld 27 at betydningen av å ha en tilknytning som medfører at oppholdstillatelse kan gis, i praksis ble nedprioritert ved at innvandringsregulerende hensyn ble tillagt større vekt, i tillegg til at praksis fremstod som lite entydig. Regjeringen kom derfor med punkter for å klargjøre hvordan tilknytning skal vurderes. Regjeringen oppstilte, ved siden av å presisere hensynet til barnets beste som grunnleggende og uf. § 8-5 om at barns tilknytning skal tillegges særlig vekt, sentrale momenter i tilknytningsvurderingen, jf. punkt. 4.2.3. Det ble også presisert at det i saker om lengeværende barn, ofte foreligger andre sterke menneskelige hensyn som skal inngå i helhetsvurderingen av om opphold skal gis.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 51

¹⁰⁷ A-2007-025 til uf. § 21b (2007)

¹⁰⁸ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 52

¹⁰⁹ Ibid s. 56

Regjeringens foreslåtte tiltak for lengeværende barn i Stortingsmeldingen var: å bidra til en enhetlig praksis gjennom å klargjøre uf. § 8-5, kortere saksbehandlingstid i slike saker, vurdere situasjonen til barn i mottak, rask retur til hjemlandet etter endelig avslag, rask bosetting, sikre barnefaglig kompetanse i alle ledd i utlendingsforvaltningen og initiere en ekstern evaluering av hvordan barns situasjon blir belyst i saksbehandlingen i UNE.¹¹⁰

UDI og UNE ble som nevnt bedt om å redegjøre for sin praksis i saker med lengeværende barn ett år etter fremleggelsen av meldingen. UNE kom med sin redegjørelse i juni 2013. I UNEs rapport «Ett år etter barn på flukt», redegjøres det for UNEs praksis etter Stortingsmeldingen.

UNE trakk for det første frem at det som regel var grunnet omgjøringsanmodninger, og ikke saksbehandlingstiden i klagesaker, som medførte at barn fikk tilknytning til Norge gjennom lang oppholdstid.¹¹¹

UNE mente videre det blant annet hadde vært av betydning for senere tids praksis at regjeringen i 2009 ga en forskriftsbestemmelse om at oppholdstillatelse som hovedregel bare skal gis hvis utlendingen fremskaffer dokumentasjon på sin identitet, jf. uf. § 8-12.¹¹² UNE viser i rapporten til at mange av foreldrene til lengeværende barn har en uavklart identitet.¹¹³

Avgjørelsene fra året etter stortingsmeldingen viser at mindre tungtveiende hensyn, med få unntak, ikke alene er tilstrekkelig til å fastholde tidligere avslag når barnefamilier med barn i skolealder har hatt en oppholdstid på 4 ½ år eller mer. UNE fremhever videre at sammenlignet med praksis før stortingsmeldingen, ser man tydeligere formulerte avgjørelser og mer enhetlig vektning av ulike relevante innvandringsregulerende hensyn.¹¹⁴

¹¹⁰ Meld. St. 27 (2011-2012) s.56

¹¹¹ UNE «Ett år etter barn på flukt» (2013) s. 5

¹¹² Ibid s. 11

¹¹³ Ibid s. 8

¹¹⁴ Ibid s. 3

4.2.2 Nærmere om særlig tilknytning til riket

Med «tilknytning til riket», menes tilknytning som følge av lang botid eller oppholdstid.¹¹⁵ Det er ikke fastsatt en bestemt tidsgrense for hva som regnes som tilstrekkelig tilknytning, men i utgangspunktet vil ikke opphold under tre år være tilstrekkelig. Det bør i utgangspunktet stilles krav til uavbrutt oppholdstid i Norge.¹¹⁶ UNE oppgir at utgangspunktet etter praksis er at om lag 4 ½ års oppholdstid og 1 år skole gir barn i barnefamilier en tilknytning til Norge som kan utgjøre sterke menneskelige hensyn og gi grunnlag for opphold etter § 38.¹¹⁷

På den annen side vil ikke en lang oppholdstid i Norge uten videre tilsi « særlig tilknytning til riket». Det må foretas en individuell helhetsvurdering av om barnet er knyttet til Norge. Momenter i vurderingen er blant annet, i tillegg til oppholdets varighet, barnets alder, om barnet har gått på skole eller vært i barnehage, om barnet snakker norsk, har deltatt eller deltar på fritidsaktiviteter og om situasjonen for øvrig gjør at barnet er særlig knyttet til samfunnet.¹¹⁸ Dette er de samme med momentene Regjeringen trekker frem i St. meld i sin klargjøring av hvordan tilknytning skal vurderes.¹¹⁹

Enkeltsaker fra UNE viser at barnets alder er av stor betydning for om særlig tilknytning til riket kan sies å foreligge. Barn under skolepliktig alder anses som regel å ha sin primære tilknytning til foreldrene.¹²⁰ Barn i tenårene anses for å være i en alder hvor de opparbeider seg tilknytning gjennom skolegang og fritidsaktiviteter i større grad enn mindre barn, noe som i praksis tillegges vekt.¹²¹

Tilknytningen til Norge må som nevnt ovenfor vurderes opp mot barnets tilhørighet til hjemlandet. Enkeltsaker fra UNE viser at tilknytningen til hjemlandet blir vektlagt i helhetsvurde-

¹¹⁵ AIDs rundskriv A-2007-025 til uf. § 21b (2007)

¹¹⁶ Justisdepartementets ikrafttredelsesrundskriv uf, A-63/09 vedlegg 8, s. 2

¹¹⁷ UNE Ett år etter «barn på flukt» (2013) s. 2

¹¹⁸ Justisdepartementets ikrafttredelsesrundskriv uf, A-63/09 vedlegg 8, s. 2

¹¹⁹ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 56

¹²⁰ UNEs praksisbase, Ref. N13151631

¹²¹ UNEs praksisbase, Ref. N108507611

ringen. Det blir særlig hensett hvorvidt barnet har sin språklige, kulturelle, religiøse, familiære og sosiale tilknytning til hjemlandet kontra Norge.¹²²

Regjeringen trekker i Stortingsmeldingen frem at når barnets tilknytning til riket skal vurderes, skal både oppholdstid som asylsøker og oppholdstid etter endelig avslag telle med.¹²³ I Justisdepartementets rundskriv om utlendingsforskriftens ikrafttredelse ble det vist til at det måtte vurderes om barnet i perioden det hadde oppholdt seg i Norge etter endelig avslag, hadde opparbeidet seg tilknytning til riket, eller bare opprettholdt tilknytningen barnet allerede hadde. Det heter i rundskrivet at det ikke er «...gitt at opphold etter endelig avslag har gitt seg utslag i sterkere tilknytning til Norge, særlig ikke dersom barnet har flyttet fra mottak, sluttet i skolen eller kanskje levd i skjul.»¹²⁴

4.2.2.1 Tilknytningens vekt

Regjeringen vurderer i stortingsmeldingen barns tilknytning til riket opp mot innvandringsregulerende hensyn, og mener § 8-5 må forstås slik at ulovlig opphold og oversittet utreisefrist i seg selv skal tillegges mindre vekt enn aktiv motarbeidelse av retur, når barnet har en tilknytning til Norge som tilsier at oppholdstillatelse bør innvilges. Med andre ord mente Regjeringen at en oversittet utreisefrist og ulovlig opphold er å betrakte som mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn i denne sammenhengen. Det vil imidlertid vektlegges hvorvidt familien har vært «tilgjengelig» for hjemsendelse eller ikke, når det ulovlige oppholdet vurderes og hvorvidt identitet er sannsynliggjort.¹²⁵ Se nærmere nedenfor i punkt 4.3.

Stortingets kommunal- og forvaltningskomite ga sin tilslutning til Regjeringens forståelse av reglene, jf. Innst. S 57 (2012-2013).

De ankende parter i Rt. 2012 s. 1985 anførte at ettersom barns tilknytning som er opparbeidet under ulovlig opphold skal tillegges vekt, kunne det ulovlige oppholdet ikke trekkes inn som et innvandringsregulerende hensyn. Dette var ikke flertallet i Høyesterett enig i, og viste til forar-

¹²² UNEs praksisbase, Ref. N14079318, Ref. N112426623, Ref. N117433623

¹²³ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 56

¹²⁴ Justisdepartementets ikrafttredelsesrundskriv uf, A-63/09 vedlegg 8 s. 2-3

¹²⁵ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 56-57

beidene hvor det, jf. ovenfor, fremkommer at tilknytning opparbeidet under ulovlig opphold kan bli utslagsgivende i avveiningen, men at lovgiver har forutsatt at ulovlig opphold også kan hensynstas.¹²⁶

Etter mindretallets syn var det ikke riktig å tillegge selvstendig vekt at manglende utreise eventuelt er en «grov overtredelse av utlendingsloven» som kan gi grunnlag for utvisning. Videre mener mindretallet at en slik selvstendig vektlegging av selve lovovertrædelsen, var uforenelig med forutsetningen om at også botid etter endelig avslag skal telle med. «Det kan rett og slett ikke være slik at jo sterkere tilknytningen er, desto tyngre blir de innvandringsregulerende hensyn som taler mot at oppholdstillatelse innvilges – at den økte tilknytningen nærmest «nulles ut».¹²⁷

Mindretallet mente videre at selv om det forelå ulovlig opphold og manglende medvirkning, samt at dette kan vektlegges i vurderingen av om opphold skal gis, kan disse forholdene vanskelig være utslagsgivende der barnets sterke tilknytning til Norge tilsier at det bør bli her. «Det er etter mitt syn nærliggende at UNEs avveining hadde fått et annet utfall med et slikt utgangspunkt. Begrunnelsen i vedtaket skaper i hvert fall betydelig tvil knyttet til om hensynet til Cs beste har blitt behandlet som så grunnleggende som barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 krever – om dette har vært forsvarlig vurdert og avveid. Vedtaket er dermed ugyldig.»¹²⁸

Dette var altså ikke flertallet i Høyesterett enig i, UNEs vedtak ble kjent gyldig og barnets tilknytning ble ikke utslagsgivende i saken da de innvandringspolitiske hensynene måtte få større vekt ved helhetsvurderingen, jf. også ovenfor punkt 4.1.3.1 om Rt. 2012 s. 2039. Stortingsmeldingen, forarbeidene og flertallet i Høyesterett viser altså at manglende samarbeid om retur og flere års ulovlig opphold i Norge, kan medføre at barnets tilknytning ikke får avgjørende vekt.

¹²⁶ Avsnitt 125

¹²⁷ Avsnitt 208

¹²⁸ Avsnitt 211

4.3 Nærmere om innvandringsregulerende hensyn

4.3.1 Generelt om hensynet, dets anvendelse og vekt

Etter utl. § 38 fjerde ledd kan det ved vurderingen av om tillatelse skal gis, legges vekt på innvandringsregulerende hensyn. Det følger av forarbeidene at innvandringsregulerende hensyn skal være et grunnleggende moment i helhetsvurderingen av om opphold skal gis.¹²⁹

Innvandringsregulerende hensyn taler aldri for innvilgelse av opphold slik utlendingsloven og forskriften nå er bygget opp, kun mot av opphold innvilges. Positive innvandringsregulerende hensyn, for eksempel at en person er en ressurs for samfunnet, kan ikke være et argument for å innvilge vedkommende opphold.¹³⁰

Innvandringsregulerende hensyn er en samlebetegnelse som omfatter ulike hensyn og forhold, hvor det sentrale er å sikre en kontrollert og begrenset innvandring til Norge. Dette omfatter blant annet hensynet til de samfunnsmessige utfordringene, kontrolltekniske hensyn, ressursmessige kostnader knyttet til saksbehandlingen, konsekvenshensyn når det gjelder omfanget av innvandringen med videre.¹³¹ Innvandringsregulerende hensyn er et utslag av likebehandlingsprinsippet: Like saker skal behandles likt. Ingen skal utsettes for usaklig eller tilfeldig forskjellsbehandling. Dersom en får en oppholdstillatelse, må andre i like situasjoner tilsvarende bli innvilget opphold.¹³² I den tidligere bestemmelsen, § 8 annet ledd, var det ikke inntatt noen tydelig henvisning til innvandringsregulerende hensyn. Det er uttalt i utlendingslovens forarbeider at det å innta en uttrykkelig presisering av at innvandringsregulerende hensyn kan tillegges vekt ved vurderingen i lovteksten, ville tydeliggjøre regelverket.¹³³

Under forberedelsene til den nye utlendingsloven hadde UNE et synspunkt om at det burde presiseres i loven at innvandringsregulerende hensyn ikke bare «kan», men «skal» tillegges vekt hvor de er aktuelle. Departementet viste til at de innvandringsregulerende hensyn i en del saker vil ha liten tyngde, og de så ikke et behov for å endre utvalgets forslag til formuleringen

¹²⁹ Ot.prp. 75 (2006-2007) s. 153

¹³⁰ UNE b

¹³¹ NOU 2004: 20 s. 268

¹³² *Lærebok i utlendingsrett* (2013) s. 329

¹³³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 421

for å presisere at hensynene også i saker hvor innvandringsregulerende hensyn er relevante, skal tillegges vekt.¹³⁴ Dette viser at fastholdelsen av «kan» i bestemmelsens ordlyd var et bevisst valg. I Innst.O. nr. 42 fremgår det også at meningen var å gi veiledning med hensyn til hvilke hensyn og vurderinger som skal være særlig aktuelle.¹³⁵

Hvor stor betydning de innvandringsregulerende hensyn får, må vurderes i hver enkelt sak. Dersom en innvilgelse av ett vedtak vil kunne medføre et stort antall nye asylsøknader eller utgjøre en stor belastning for det norske samfunnet, må dette tillegges stor vekt. Og dersom en innvilgelse ikke får slike følger, vil hensynet tillegges tilsvarende mindre vekt. Dersom det foreligger tungtveiende humanitære hensyn eller en særlig sterk tilknytning til riket, må de innvandringsregulerende hensyn veie desto tyngre for at et avslag kan begrunnes.¹³⁶

Det må altså foretas en avveining av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket mot de innvandringsregulerende hensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete sak. I utl. § 38 fjerde ledd er det i bokstavene a-d oppramset en del innvandringsregulerende hensyn:

4.3.2 Likhets hensyn

Etter § 38 bokstav a, kan det legges vekt på de mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag. Det bemerkes i forarbeidene i tilknytning til bokstav a at bestemmelsen vil kunne omfatte både konsekvenser for et antall saker som allerede ligger til behandling, og for fremtidige søknader på lignende grunnlag.¹³⁷

Et sentralt hensyn det siktes til når det henvises til innvandringsregulerende hensyn, er nettopp betydningen i forhold til omfanget av innvandringen, jf. Ot.prp. nr. 75. Det er ikke mulig å gi oppholdstillatelse til alle mennesker som kommer fra områder preget av sosial og/eller økonomisk nød.¹³⁸ Departementet understreker at det først og fremst er konsekvenser som kan knyttes til terskelen for innvilgelse og avslag, blant annet grunnet likebehandlingsprinsippet, som kan

¹³⁴ Ibid s. 154

¹³⁵ Innst.O. nr. 42 (2006-2007) s. 24

¹³⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 421

¹³⁷ Ibid s. 421

¹³⁸ Ibid s. 153-154

være av innvandringsregulerende hensyn og at det i vurderingen ellers skal anlegges et ikke-diskrimineringsprinsipp.¹³⁹

Som nevnt ovenfor vil de innvandringsregulerende hensyns vekt avhenge av blant annet hvorvidt likhetshensynet gjør seg sterkt gjeldende i en sak: jo mindre konsekvenser en innvilgelse av oppholdstillatelse får fra andre, jo større rom vil det være for å legge vekt på individuelle hensyn, jf. også Rt. 2012 s. 1985. Førstvoterende uttaler at «Hensynet til barnets beste vil derfor kunne bli avgjørende i avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn der det er spesielle forhold knyttet til barnet, enn der barnet er i en normalsituasjon som ikke atskiller fra det som gjelder for barn flest som søker om opphold».¹⁴⁰ Høyesterett uttalte videre at hensynet til barnets beste heller ikke kan ses isolert i forhold til det enkelte barn, men at vedtak som er til gunst for ett barn, kan føre til at andre barn blir utnyttet av foreldrene for å sikre familien opphold. Ved vurderingen av om det skal gis opphold etter § 38 «... kan det altså legges vekt på hvilken konsekvens vedtaket vil kunne få for andre barn.»¹⁴¹

4.3.3 Samfunnsmessige konsekvenser

Etter § 38 bokstav b kan de samfunnsmessige konsekvensene ved å gi oppholdstillatelse vektlegges. Dette kan for eksempel gjelde kriminelle personer, personer som utgjør en fare for samfunnet eller rikets sikkerhet eller personer som utgjør en stor belastning for det norske helsevesenet.¹⁴²

Regjeringen trekker i Stortingsmeldingen frem brudd på straffeloven fra foreldrenes side som et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn.¹⁴³ I praksis er det eksempler på at avslag blir gitt og opprettholdt for familier hvor barna har hatt en tilknytning gjennom oppholdstid på 8-10 år. I disse sakene foreligger det så tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, herunder

¹³⁹ Ibid s. 154

¹⁴⁰ Avsnitt 119

¹⁴¹ Avsnitt 114-115

¹⁴² *Utlendingsloven kommentarutgave* (2010) s. 321

¹⁴³ St. Meld. nr. 27 (2011-2012) s. 57

falsk identitet eller straffedom fra en av foreldrene, at barnets tilknytning ikke kan tillegges avgjørende vekt.¹⁴⁴

UNE uttaler i flere saker hvor familien har hatt flere års ulovlig opphold i Norge at det av allmennpreventive hensyn er svært uheldig dersom mange års unnlattelse av å rette seg etter utlendingsmyndighetenes avgjørelser skal bli «premiert» med oppholdstillatelse på bakgrunn av at de har opparbeidet seg tilknytning til riket ved ulovlig opphold. De samfunnsmessige konsekvensene av at klagere i slike saker ikke retter seg etter vedtak og beslutninger fra norske myndigheter «tilsier at det bør reageres strengt i slike saker».¹⁴⁵

4.3.4 Hensynet til kontroll

Utl. § 38 bokstav c, hensynet til kontroll, synes utfra forarbeidene å dreie seg om forvaltningens muligheter til å kontrollere og verifisere søkerens opplysninger.¹⁴⁶ Kontrolltekniske hensyn og hensynet til om praksis vil føre til en ressurskrevende saksbehandling, står også sentralt. Departementet har uttalt at det ikke er mulig for utlendingsmyndighetene å kontrollere om den enkelte asylsøker rent faktisk vil stå uten bolig, arbeid eller støtte fra familien med videre ved retur til hjemlandet. Slike forhold bør normalt ikke vektlegges med mindre utlendingen er i en spesielt sårbar situasjon.¹⁴⁷

4.3.5 Hensynet til respekten for lovens øvrige regler

Etter bokstav d, hensynet til respekten for lovens øvrige regler, kan det typisk vektlegges at en person ikke oppfyller utreiseplikten etter endelig avslag. Dette er nettopp en del av begrunnelsen for at det føres en restriktiv praksis for personer som har fått endelig avslag, men som motsetter seg retur.¹⁴⁸

Det var særlig når det gjaldt vurderingen av oversittet utreisefrist og ulovlig opphold Regjeringen mente deler av UNEs praksis befant seg på grensen for hva formåler med bestemmelsen

¹⁴⁴ UNE, Ett år etter «Barn på flukt» (2013) s. 21

¹⁴⁵ UNEs praksisbase, Ref. N11793289, Ref. N123083425,

¹⁴⁶ *Utlendingsloven Kommentartutgave* (2010) s. 321

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 154

¹⁴⁸ Ibid s. 154

var. Barn med botid som i seg selv tilsier at oppholdstillatelse bør gis, vil nesten alltid ha lengre perioder uten lovlig opphold. Regjeringen mener uf. § 8-5 må forstås slik at ulovlig opphold og oversittet utreisefrist i seg selv skal tillegges mindre vekt enn aktiv motarbeidelse av retur, når barnet har en tilknytning som tilsier at opphold bør gis¹⁴⁹, jf. også ovenfor under punkt. 4.2.2. Aktiv unndragelse av tvangsmessig retur, opphold i skjul for norske myndigheter, eller villede norske myndigheter ved bruk av falsk identitet eller nekte å fremlegge identitetsdokumenter slik at de ikke kan returneres, anses på den annen side etter Regjeringens syn som et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn.¹⁵⁰

I forarbeidene skilles det også mellom de som samarbeider om retur etter å ha fått endelig avslag, og de som ikke gjør det.¹⁵¹ Å samarbeide om retur vil si å oppholde seg på kjent sted for politiet og legge frem identitetsdokumenter som er nødvendig for retur.¹⁵² Etter uf. § 8-7 åpnes det for opphold til utlendinger som gjør det som er mulig for å kunne returnere, men hvor det har gått lang tid uten at hjemreise oppnås.

For de som ikke samarbeider, og som bryter plikten til å forlate riket, innebærer det et brudd på utlendingslovens bestemmelser som kan medføre straff og utvisning.¹⁵³ Videre bemerkes det i forarbeidene at det vil sende motstridende signaler hvis det praktiseres med faste ordninger for at oppholdstillatelse skal gis i slike saker. Dette vil også være svært urettferdige ovenfor de som overholder plikten og forlater riket. Å åpne for formalisert oppholdstillatelse til personer som ikke medvirker til retur, vil kunne få svært negative konsekvenser ved at det kan være en pull-faktor som vil kunne øke tilstrømningen til Norge, og et incentiv for flere til å ikke samarbeide om retur. Dette vil innebære at så lenge man «holder ut» lenge nok, vil man bli innvilget oppholdstillatelse. I tillegg er det utfra et kontrollperspektiv ikke gunstig med mange personer uten oppholdstillatelse i landet. På bakgrunn av dette mente departementet at det fortsatt var nødvendig å fastholde en restriktiv politikk i forhold de som ikke samarbeider om retur.¹⁵⁴

¹⁴⁹ St. Meld nr. 27 (2011-2012) s. 56

¹⁵⁰ Ibid s. 57

¹⁵¹ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 165-166

¹⁵² *Lærebok i utlendingsrett* (2013) s. 324

¹⁵³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 166

¹⁵⁴ Ibid s.166

Skillet mellom de som samarbeider om retur, og de som ikke gjør det fikk tilslutning fra Stortingsflertallet, hvor de bemerket at når det gjelder de lengeværende, må det skilles klart mellom de som samarbeider om retur etter endelig avslag, og de som ikke gjør det. Når det gjaldt den sistnevnte gruppe, ble det bemerket at det bør fastholdes et utgangspunkt om at tillatelse ikke skal gis.¹⁵⁵ Høyesterett har om dette uttalt at; «For så vidt gjelder sontringen mellom dem som gjør aktiv og passiv motstand, oppfatter jeg dette som retningslinjer for hvordan fremtidig forvaltningspraksis forventes å være.»¹⁵⁶

4.3.6 Identitet

Etter utl. § 38 femte ledd kan det fastsettes at en oppholdstillatelse ikke skal danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse, familieinnvandring, eller at tillatelsen ikke kan fornyes eller skal ha en varighet på under ett år dersom det er tvil om utlendingens identitet, når behovet er midlertidig eller når andre særlige grunner tilsier det.

Etter uf. § 8-12 kreves det som hovedregel at utlendingen fremskaffer dokumentasjon på sin identitet for å bli innvilget oppholdstillatelse, jf. utl. § 83 tredje ledd.

Etter praksis anses personer som, uten overbevisende grunn, ikke fremskaffer dokumentasjon på oppgitt identitet når dette fremstår som mulig, i utgangspunktet for ikke å ha sannsynliggjort sin identitet.¹⁵⁷

Som vist til ovenfor under punkt 4.3.5 er bruk av falsk identitet også et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Praksis viser eksempler på at der klagerne bevisst har villedet norske myndigheter ved å oppgi falsk identitet, vektlegges dette svært tungt.¹⁵⁸ Fra UNEs praksis er det også flere eksempler på saker hvor også identitetstvil tillegges stor og avgjørende betydning for om opphold etter utl. § 38 skal gis, særlig der dokumentasjon anses mulig.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Innst O. 42 (2007-2008) s. 25

¹⁵⁶ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 132

¹⁵⁷ UNE, Ett år etter «barn på flukt» (2013) s. 24

¹⁵⁸ UNEs praksisbase, ref. N14449427

¹⁵⁹ UNEs praksisbase, ref. N115780623, ref. N1270111112

I saker hvor opphold blir innvilget er det utfra praksisbasen en tendens at identitet har blitt ansett sannsynliggjort.¹⁶⁰

¹⁶⁰ UNEs praksisbase, ref. N117433623, ref. N133589311

5 Nærmere om retten til respekt for privatlivet

5.1 EMK art. 8

Oppholdstillatelse i Norge er i utgangspunktet ingen rettighet. Spørsmålet er om avslag på oppholdstillatelse for barn med en særlig tilknytning til riket medfører et inngrep i deres privatliv etter EMK art. 8. Med privatliv menes den personlige fysiske og psykiske integritet. Begrepet favner svært vidt. Å bryte kontakt med miljø, samfunn og venner påvirker mennesker og mellommenneskelige relasjoner, og inngår som en del av et menneskes privatliv.¹⁶¹

Det hovedsakelige formålet bak bestemmelsen er å verne individene mot vilkårlig innblanding fra myndighetenes side. Selv om det foreligger et inngrep i retten til privatlivet, kan inngrepet likevel være nødvendig og konvensjonsmessig, jf. art. 8. 2, og således ikke en krenkelse av konvensjonen. For det første må inngrepet være i samsvar med loven. Det vil si at det må finnes hjemmel i lov, og at hjemmelen er tilgjengelig og forutsigbar. Videre må inngrepet være nødvendig i et demokratisk samfunn av de nærmere angitte hensyn. I «nødvendig» ligger ikke at inngrepet må være absolutt nødvendig, men at det må komme som følge av et presserende eller tvingende samfunnsbehov. I denne sammenheng kommer statens skjønnsmargin inn. Det stilles også krav om at det foreligger proporsjonalitet mellom målet og middelet.¹⁶²

Hvorvidt det foreligger en krenkelse av konvensjonen beror altså på hvor tungtveiende grunner som taler for å nekte fortsatt opphold og hvor stort behovet for vern er.¹⁶³ Det må foretas en avveining mellom statens interesser i å nekte fortsatt opphold mot utlendingens interesser og behov, jf. art. 8.2.

Problemstillingen i denne avhandlingen i tilknytning til EMK blir følgelig om barns rett til respekt for privatlivet blir krenket som følge av at de ved en eventuell utsendelse fra Norge får sitt tilvante liv og tilknytning til landet brutt.

¹⁶¹ Aall (2004) s. 170-171

¹⁶² Høstmælingen (2012) s. 127-28

¹⁶³ Aall (2004) s. 187

EMD har uttalt at art. 8 også beskytter retten til å etablere og utvikle forhold med andre mennesker og omverdenen. Dette ble fastslått i blant annet *Üner mot Nederland*.¹⁶⁴ Videre følger det av EMDs praksis at «privatliv» også kan omfavne aspekter av en enkeltpersons sosiale identitet og at det må aksepteres at de sosiale bånd mellom «settled migrants» og samfunnet de lever i, utgjør en del av «privatliv» etter art. 8.¹⁶⁵ Domstolen uttaler i *Üner-saken* at «Regardless of the existence or otherwise of a «family life», therefore, the Court considers that the expulsion of a settled migrant constitutes interference with his or her right to respect for private life.»¹⁶⁶

EMDs praksis viser klart at utvisning kan innebære en krenkelse av privatlivet.

I saken *Butt mot Norge* fra 2012 konkluderte EMD med at utsendelse av en utlending uten lovlig opphold i Norge var en krenkelse av vedkommedes rett til privatliv i dette tilfelle. Saken gjaldt et pakistansk søskenpar som på domstidspunktet var 27 og 26 år gamle. De kom til Norge i 1989 og ble innvilget opphold på humanitært grunnlag. De returnerte senere til Pakistan i 3-4 år, før de kom til Norge igjen. De ble innvilget bosettingstillatelse, men tillatelsen ble trukket da UDI oppdaget at den var gitt som følge av uriktige opplysninger. Etter dette oppholdte klagerne seg ulovlig i landet.

EMD fastslo at også personer uten lovlig opphold i landet etter omstendighetene kan ha etablert «private life» som beskyttes av EMK art. 8. Klagerne hadde sine venner, sosiale nettverk, samt tatt det meste av sin utdanning i Norge, og det var på det rene at klagerne hadde utviklet sterke personlige forhold til Norge.

EMD fastslo først og fremst at statene har krav på, etter godt etablert internasjonal rett og traktatforpliktelser, å kunne kontrollere innreise av utlendinger i sitt territorium, samt deres opphold i landet. Konvensjonen gir ikke utlendinger krav på adgang til eller opphold i et bestemt land.¹⁶⁷ EMD har altså gitt statene et rommelig skjønn på dette området.

¹⁶⁴ Avsnitt 59

¹⁶⁵ Ibid, jf også *Onur v. The United Kingdom* avsnitt 46, *Maslov v. Austria* avsnitt 63

¹⁶⁶ Avsnitt 59

¹⁶⁷ Avsnitt 77, jf. *Dragan med flere v. Tyskland*

Praksis fra EMD viser videre at det er av stor betydning om utlendingen er en såkalt «settled migrant», i avgjørelsen etter art. 8. I saken Butt mot Norge fra 2012 fant EMD at det sett hen til at søsknene Butts opphold i Norge hadde vært ulovlig siden 1996, herunder et sammenhengende ulovlig opphold i Norge på nesten 17 år, kunne ikke klagerne anses som «settled migrants». EMD uttalte at det både for en stats positive og negative forpliktelser etter art. 8, må det søkes å oppnå en god balanse mellom individets interesser og samfunnet som helhet, samt at statene i denne sammenheng har en viss skjønnsmargin.¹⁶⁸

EMD var som nevnt enig med lagmannsrettens generelle holdning til at sterke innvandringsregulerende hensyn i prinsippet taler for at barn identifiseres med foreldrenes atferd, og at det i mangel på en slik identifikasjon kan være fare for at foreldrene misbruker barna for å sikre oppholdstillatelse. I Butt-saken hadde moren gitt uriktig opplysninger om familiens opphold i Pakistan. Barnas familieliv i Norge begynte derfor på den tiden da moren var klar over at deres oppholdsstatus i Norge var av en slik art at det var uvisst om det ville være mulig å opprettholde familie- og privatlivet i Norge etter at de returnerte til Norge. Utfra dette bemerket EMD, med henvisning til sin tidligere praksis, at utsending av klagerne bare ville være i strid med art. 8 i eksepsjonelle tilfeller, ettersom blant annet innvandringsregulerende hensyn kan tillegges vekt i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK art. 8. 2.¹⁶⁹ Dette trekker i retning av at det for utlendinger som ikke er «settled migrants», og hvor det foreligger ulovlig opphold og uriktig gitte opplysninger, skal mye til for at en utsendelse krenker EMK art. 8.

Ved vurderingen av om det forelå «exemptional circumstances» bemerket EMD først at behovet for å identifisere barn med foreldrenes atferd ikke alltid kunne tillegges avgjørende vekt. I den konkrete saken forelå det ikke fare for utnyttelse som nevnt ovenfor. Videre bemerket domstolen at klagerne ikke hadde vært klar over uregelmessighetene ved deres oppholdstillatelse før pågripelsen i 2001. Klagernes familiære og sosiale bånd til Norge syntes dermed allerede å ha blitt etablert da de ble klar over at det var usikkert om disse båndene kunne vedvare. Videre synes domstolen å ha lagt stor vekt på den uvanlig lange ulovlige oppholdstiden i Norge og at det derfor var «questionable whether general immigration policy considerations would carry

¹⁶⁸ Avsnitt 78

¹⁶⁹ Avsnitt 79, jf. 78, Jf. også Dragan med flere mot Tyskland

sufficient weight to regard the refusal of residence «necessary in a democratic society»...» Disse betraktningene påla ikke myndighetene ansvar for uregelmessighetene vedrørende klagernes opphold i Norge etter 1996. De talte imidlertid sterkt for at klagernes atferd i dette tilfellet ikke burde identifiseres med morens for å unngå at barna skal bære byrden av de negative konsekvensene situasjonen medførte. Videre hadde klagerne etablert et sterkt familie- og privatliv i Norge, og deres tilknytning til Pakistan var ikke «particularity strong». I tillegg fant domstolen at de ville «encounter social and professional difficulties» hvis de ble sendt tilbake til Pakistan. Andre sentrale momenter EMD vektla var at det tok svært lang tid før utlendingsmyndighetene tilbakekalte bosettingstillatelsen og at klagerne ikke kunne klandres for å ikke ha skaffet seg nødvendige reisedokumenter.¹⁷⁰

På bakgrunn av det ovennevnte fant EMD at omstendighetene i saken var «eksepsjonelle». Domstolen mente derfor at Norge ikke hadde handlet innenfor sin skjønnsmargin i forsøket på å oppnå balanse mellom statens interesse i å sikre en effektiv innvandringskontroll og klagernes interesse i å bli i Norge for å utøve sin rett til privatliv.¹⁷¹

I saken Dragan med flere v. Tyskland uttalte EMD også her at EMK ikke sikrer en utlending rett til innreise eller opphold i en stat, og ikke gir noen rett til å velge det mest hensiktsmessige stedet å bygge familieliv. Klagerne, en kvinne med to barn kom opprinnelig fra Romania og hadde i 2004 bodd i Tyskland i 14 år. Barna hadde all sin skolegang i Tyskland, og familien hadde ikke lenger noen tilknytning til Romania. Klagerne hadde aldri hatt oppholdstillatelse i Tyskland. De hadde frasagt seg sine rumenske statsborgerskap, og den rumenske stat nektet lenge å ta de imot. Til tross for klagernes tilknytning til Tyskland, fant EMD at det ikke krenket art. 8 å returnere dem til Romania.¹⁷²

EMDs praksis viser at også personer uten lovlig i landet kan ha etablert «privatliv» som beskyttes av EMK art. 8. Avgjørelsene viser imidlertid at for utlendinger som ikke er «settled migrants», som det etter EMDs praksis skal mye til for å bli som følge av mange års ulovlig opp-

¹⁷⁰ Butt mot Norge, avsnitt 84-88

¹⁷¹ Avsnitt 90

¹⁷² Punkt 2, domstolens vurderinger

hold i landet, skal det svært mye til for at en utsendelse av EMK krenker retten til privatliv etter art. 8. Det må i så fall foreligge «exceptional circumstances» i saken.

5.2 EMDs bruk av barnekonvensjonen

Det er fra praksis eksempler på at EMD bruker BK ved tolkningen av EMK. I saken *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* fremhevet EMD at domstolen «is competent to ascertain whether the domestic courts, in applying and interpreting the provision of that convention, secured the guarantees set forth in Article 8 of the Convention, particularly taking into account the child's best interests».¹⁷³

EMD har uttalt at å fastslå hva som er barnets beste først og fremst er en oppgave for de nasjonale myndigheter, ettersom de har fordelene av direkte kontakt med de berørte personene. På bakgrunn av dette har statene en viss skjønnsmargin.¹⁷⁴

I saken *Nunez mot Norge* fra 2011 ble Norge dømt av EMD for utvisning av en mor som hadde barn i Norge. Saken illustrerer hvordan EMD bruker barnekonvensjonen og foretar vurderingen av barnets beste. EMD fant at det ikke var lagt tilstrekkelig vekt på hensynet til barna etter EMK art. 8. EMD viste i den forbindelse også til BK art. 3. EMD anvender nettopp barnekonvensjonen i tolkningen av EMK, ved at de så på om hensynet til barna medfører en forrykning av den rimelige interesseavveilingen etter art. 8. EMD fant at Norge ikke hadde holdt seg innenfor sin skjønnsmargin i avveilingen mellom hensynet til barnets beste og den offentlige interessen i å sikre en effektiv innvandringskontroll, og viste særlig til barnas langvarige sterke bånd til moren og den stressede og langvarige usikre situasjonen for barna.¹⁷⁵

I saken *Antwi og andre mot Norge* fra 2012, fant EMD at det ikke forelå noen krenkelse av EMK art. 8. EMD fant at det ikke var eksepsjonelle omstendigheter i saken og det var derfor tilstrekkelig bevist at barnets beste var tilstrekkelig tillagt ved avgjørelsen om utvisning.¹⁷⁶

¹⁷³ Avsnitt 141

¹⁷⁴ *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* avsnitt 138

¹⁷⁵ Avsnitt 78, jf. 84

¹⁷⁶ Avsnitt 103

Momenter som kan trekkes ut fra EMDs praksis i tilknytning til lengeværende barn er etter dette, jf. punkt 5.1, hva som er barnets beste¹⁷⁷, tilknytningen til Norge, tilknytningen til hjemlandet, eventuelle vanskeligheter ved retur til hjemlandet, om klagerne kan klandres for å ha skaffet reisedokumenter for å muliggjøre retur opp mot relevante innvandringsregulerende hensyn, for eksempel brudd på utlendingslovgivningen.

¹⁷⁷ Jf. Nunez v. Norway, Antwi v. Norway, Neulinger and Shuruk v. Switzerland

6 Vurderinger

6.1 Innledning

Drøftelsen ovenfor viser at avveiningen mellom hensynene reiser utfordringer. Avveiningen er særlig vanskelig fordi de omhandler en svært sårbar gruppe av mennesker, nemlig barn. På den annen side har foreldrene til barna ofte oppholdt seg ulovlig i Norge i flere år og bevisst unndratt å returnere til hjemlandet. Er det riktig at hele familien skal få bli av hensyn til barnets beste? Å innvilge opphold til slike familier kan sende ut uheldige signaler, og er i tillegg urettferdig av hensyn til de som retter seg etter vedtak og som respekterer norske myndigheters avgjørelser. Likefullt må hensynet til barnets beste vurderes og vektlegges i tråd med barnekonvensjonen.

Lovgiver ønsker som nevnt en human, solidarisk og rettssikker innvandrings- og flyktningspolitikk, med særlig hensyntagning av spesielt sårbare grupper, uten at det innvilges opphold til vesentlig flere. Bakgrunnen for utl. § 38 er å kunne gi opphold til utlendinger på humanitært grunnlag, til tross for at vedkommende ikke oppfyller vilkårene for asyl. Er man utenfor rammen av de internasjonale forpliktelsene, må det foretas en avveining mot de innvandringsregulerende hensyn. Men der det klart er til barnets beste å bli innvilget opphold i Norge, er det da lovgivers ønske at de innvandringsregulerende hensyn skal trumfe barnets beste som følge av at familien har oppholdt seg i ulovlig i landet og ikke medvirket til retur? Bør lovgiver angi klare re hva som ønskes? Lovgiver *har* angitt en rettslig ramme for forvaltningens skjønnsutøvelse og lagt føringer for selve skjønnsutøvelsen, men er føringene for avveiningen og vektingen av hensynene klare nok? Og er skjønnsutøvelsen i tråd med de internasjonale forpliktelsene?

6.2 Er skjønnsutøvelsen i tråd med våre internasjonale forpliktelser?

§ 38 er ikke i seg selv i strid med de internasjonale forpliktelsene. Spørsmålet er om Norges skjønnsutøvelse er innenfor rammene av våre internasjonale forpliktelser på dette området.

Som nevnt ovenfor er rettsanvenderen bundet av de internasjonale forpliktelsene Norge har tiltrådt, og skal velge den tolkningen av loven som samsvarer mest med forpliktelsene. EMK og BK skal derfor benyttes til å utfylle og tolke, til erstatning for eller med gjennomslagskraft ovenfor lovbestemmelser som eventuelt går i motsatt retning. Dette innebærer at der en hand-

50

ling ikke er i samsvar med barnets beste vil de internasjonale forpliktelsene ha gjennomslagskraft ovenfor de nasjonale, der de gir anvisning på en annen tolkning.

Ordlyden i § 38, «kan» og «skal» trekker på den ene siden, etter en språklig forståelse, i retning av en skranke for hvor stor vekt de innvandringsregulerende hensyn kan tillegges. På den annen side gir ordlyden «et grunnleggende hensyn», en anvisning på at hensynet til barnets beste er et av flere hensyn i vurderingen, men at hensynet må være grunnleggende. Men ved å velge «grunnleggende» i ordlyden tyder det på at lovgiver har gitt oss utgangspunktet for vektingen av hensynene, og ikke at barnets beste bare skal være ett av flere likestilte hensyn. Dette følger også av barnekomiteens uttalelser.

Er dette i tråd med Høyesteretts flertall og forarbeidenes syn? Flertallet i Høyesterett, som i stor grad slutter seg til forarbeidenes syn, viser at innvandringsregulerende hensyn herunder konsekvenser for liknende saker og hensynet til respekten for lovens øvrige regler, kan bli så tungtveiende at de trumfer hensynet til barnets beste, til tross for at det var klart at det var til barnets beste å få bli i Norge.

I General comment nr. 14, fremkommer det at det ved motstrid skal hensynene veies mot hverandre med tanke på barnets beste skal ha høy prioritet, og at det som tjener barnets beste generelt må vektlegges tyngre. Likefult gir EMD anvisning på at det i noen tilfeller er nødvendig og forholdsmessig at tungtveiende innvandringsregulerende hensyn får avgjørende vekt.

Det kan stilles spørsmålstegn ved om praksis er i samsvar med barnekomiteens tolkning og lovgivers intensjon, et spørsmål om Norge bør bruke skjønnet annerledes:

6.2.1 Barnekonvensjonen

Som nevnt fremkommer det av den generelle kommentaren fra 2013 fra barnekomiteen at det ved avveiningen mellom hensynet til barnets beste og motstridene hensyn for det første må foretas en avveining mellom de ulike hensyn i den konkrete sak, og at ingen hensyn kan trumfe hensynet til barnets beste på generelt grunnlag. Dette er i tråd med mindretallet, dommer Endresens syn i Rt. 2013 s. 449, hvor det fremkommer at de motstridende hensyn ikke kan være en trylleformular som uansett kan trumfe barnets beste; «prinsipielt sett er det de konkrete om-

stendigheter i det enkelte tilfellet som skal tillegges vekt.»¹⁷⁸ Dette synspunktet samsvarer i tillegg best med lovens ordlyd.

Oppsummeringsvis ser en at den løsning som best tjener barnet, vanskelig kan velges bort med henvisning til generelle innvandringsregulerende hensyn. Det må skje en konkret gradering og en vekting av hensynene, før disse holdes opp mot hverandre. Der det er klart til barnets beste å få bli i Norge, kan ikke et avslag begrunnes med generelle innvandringsregulerende hensyn som ikke er gradert og vektet opp mot barnets beste i den konkrete sak.

De motstridende hensyn må altså veie tyngre enn hensynet til barnets beste for at de skal kunne trumfe igjennom. Dette vil si at dersom de motstående hensyn har like stor vekt som hensynet til barnets beste i den konkrete sak, kan de ikke trumfe hensynet til barnets beste. Departementets forståelse i ot.prp nr. 75, som det også er vist til i Rt. 2012 s. 1985, hvor det understrekes at motstående hensyn i utgangspunktet kan tillegges «like stor eller endog større vekt», samsvarer derfor ikke med BK art. 3.¹⁷⁹

Plenumsdommene ble avsagt før den generelle kommentaren nr. 14 kom. Det gjenstår å se hvor stor vekt Høyesterett vil legge på kommentaren, og om de vil fravike sitt forrige utgangspunkt ved en ny prøvelse av spørsmålet. Faktorer som trekker i retning av at den generelle kommentaren bør tillegges betydelig vekt, er til dels at dette følger av norske forarbeider, og videre at BK er en del av mrl. § 2, og således er det klart at konvensjonen må tolkes fra et folkerettslig ståsted. Folkeretten er som nevnt gjort til norsk rett med forrang. Videre er det klart at barnekomiteen er det mest kompetente organ til å gi autoritative tolkninger av konvensjonen. Ettersom den folkerettslige tolkningen må brukes ved anvendelse av menneskerettighetskonvensjonen, innebærer det at barnekomiteens uttalelser bør og vel egentlig *må*, følges. Slik jeg ser det må skjønnsutøvelsen derfor utøves i samsvar med overnevnte tolkning av barnekonvensjonen. Hvis ikke, vil Norges praksis kunne innebære en krenkelse av konvensjonen.

¹⁷⁸ Havre (2013) (sitert Lovdata 18.03.14)

¹⁷⁹ Ibid

6.2.2 EMK

EMD har fastslått at utgangspunktet er at statene kan kontrollere utlendingers opphold i landet og at konvensjonen ikke gir utlendinger krav på opphold i et bestemt land. For at utsendelse av landet skal kunne innebære en krenkelse av EMK art. 8, viser praksis at det er betydning om utlendingen er en «settled migrant». Dette skal som det følger av EMD mye til å være etter ulovlig opphold, selv etter mange års opphold. I sakene Butt og Dragan hadde klagerne vært i landet i henholdsvis 17 og 14 år, og hadde en sterk tilknytning. I plenumsavgjørelsene var oppholdstiden for barna på langt nær så lang, jf. punkt. 6.4.1. Ut fra dette synes det som at Høyesterett er innenfor balansegangen mellom individenes og samfunnets interesser, og er innenfor skjønnsmarginen hva gjelder «settled migrant».

EMD var enig i at sterke innvandringsregulerende hensyn taler for at barn identifiseres med foreldrenes atferd. Dette var særlig viktig der det forelå en risiko for misbruk av barn for å få oppholdstillatelse.

Som en rekke av enkeltsakene fra UNE viser, er det ofte holdepunkter som tyder på at foreldrene bevisst trenerer saken slik at barnet får tilknytning for å få oppholdstillatelse. At Norge er restriktive med å gi opphold i slike tilfeller, er således EMD enig i.

EMD uttalte imidlertid at behovet for å identifisere barn med foreldrenes atferd, ikke alltid kunne tillegges avgjørende vekt. I Butt-saken forelå eksempelvis ikke utnyttelsesfare. Videre synes domstolen å legge stor vekt på om klagerne var klar over usikkerheten omkring deres oppholdstillatelse. I Butt-saken var ikke klagerne klar over oppholdssituasjonen før i 2001, deres tilknytning til Norge var derfor etablert før de ble klar over om båndene ville vare. Det ville stilt seg annerledes om de var klar over risikoen for at de kunne bli sendt tilbake til Pakistan, og likevel etablerte tilknytning og privatliv i Norge. I tillegg bemerker domstolen at klagernes tilknytning til Norge var sterk, og at tilknytning til Pakistan ikke var særlig sterk. Videre ble den lange tiden før bosettingstillatelsen ble tilbakekalt, samt det faktum at klagerne ikke kunne klandres for å ikke ha skaffet nødvendige reisedokumenter, vektlagt. Saken var derfor eksepsjonell, og Norge var ikke innenfor skjønnsmarginen.

Etter EMDs praksis kan vi slutte at det skal eksepsjonelle omstendigheter til før en utlending som ikke er «settled migrant» har etablert privatliv til landet som medfører en krenkelse av

konvensjonen ved en utsendelse. I tilfeller hvor Norge ikke legger tilstrekkelig vekt på forhold som at tilknytningen var opparbeidet mens utlendingen var i god tro om sitt opphold i landet, uforholdsmessig lang saksbehandlingstid, ikke kan klandres for å ikke muliggjøre retur, og svake bånd til sitt hjemland, kan dette innebære en krenkelse av konvensjonen om disse forhold ikke vektlegges i tilstrekkelig grad.

EMK art. 8 må som vist til ovenfor, ses i sammenheng med BK art. 3.1 i saker som vedrører barn. Det blir interessant å se hvordan EMD vil foreta en vurdering i eventuelle saker hvor det er til barnets beste å få bli i Norge på bakgrunn av tilknytningen til landet som følge av ulovlig opphold, og ikke minst hvordan EMD vektlegger hensynet til barnets beste opp mot innvandringsregulerende hensyn som langvarig ulovlig opphold. Sakene Nunez og Antwi, tyder på at barnets beste medfører en forrykning i interesseavveiningen som foretas etter art. 8, og at, der det foreligger eksepsjonelle omstendigheter, stilles det strengere krav til å bevise at barnets beste var tilstrekkelig vektlagt. Der Norge ikke vektlegger barnets beste tilstrekkelig og balansert i avveiningen mot de innvandringsregulerende hensyn, kan dette medføre at skjønnsutøvelsen ikke er innenfor skjønnsmarginen.

I Rt. 2012 s. 2039 var det spørsmål om hvorvidt retten til privatliv var krenket ved at klageren ble utsendt fra landet og dermed fikk sitt tilvante liv og tilknytning til Norge brutt opp. Flertallet og mindretallet er også delt når det gjelder grensen for når et barns tilknytning etter EMK art. 8 er etablert. Høyesterett viste særlig til Butt-saken, og flertallet konkluderte med at opprettholdelse av avslag ikke medførte noen krenkelse av retten til privatliv. Mindretallet i Rt. 2012 s. 2039, ved annenvoterende dommer Bårdsen, mente imidlertid at utsendelse av klageren medførte en krenkelse av konvensjonen. Det ble lagt til grunn at også barn på klagerens alder, på vedtakstidspunktet 7 år, hadde etablert personlige og sosiale bånd som måtte omfattes av privatlivet i EMK art. 8 nr. 1. Videre kunne Bårdsen vanskelig se at ikke barnets tilknytning til Norge hadde den varighet, kvalitet og styrke som skal til for å anse utsendelsen som et inngrep i retten til privatliv.¹⁸⁰

Det foreligger også her et nokså ulikt syn blant dommerne i Høyesterett. Det blir interessant å se hva EMD vil si om dette ved en eventuell prøvelse av lignende rettsspørsmål. Rt. 2012 s.

¹⁸⁰ Avsnitt 136-138

2039 ble klaget inn for EMD, men ble nektet fremmet til behandling etter EMK art. 34 og 35.¹⁸¹ Dette viser at parten ikke har godtatt avgjørelsen, men samtidig kan dette tyde på at EMD ikke anså avgjørelsen nødvendig å behandle.

6.3 Fremtidsrettet perspektiv – rettsutvikling?

6.3.1 Plenumsdommenes betydning for gjeldende rett

Hva har disse dommene gjort for rettstilstanden på dette området? Og hvordan vil rettstilstanden bli fremover?

Det sentrale rettsspørsmålet fra plenumsdommene i relasjon til avhandlingens tema er Høyesteretts vurdering av barnekonvensjonens grenser for selve avveiningen. Avveiningen i plenumsdommene fra 2012 gikk blant annet ut på oppholdstiden for barna, foreldrenes manglende samarbeid og utreise, og om hvorvidt foreldrenes ulovlige opphold nullet ut barnets tilknytning. Flertallet i Høyesterett fant at UNE hadde truffet gyldige vedtak i begge sakene. I tillegg mente flertallet at UNE hadde foretatt en forsvarlig saksbehandling med en korrekt rettsanvendelse.

Som nevnt ovenfor fremkommer det av juridisk teori at ingen andre rettskildefaktorer har så stor vekt som når Høyesterett direkte avgjør et tolkningsspørsmål. I tillegg har Høyesterett avsagt dommene i plenum, noe som gir dommene større vekt enn om de var avsagt i for eksempel storkammer eller avdeling. Det er i tillegg tale om to plenumsdommer som var relativt like, og hvor de ble avsagt samme dag. Som Eckhoff har uttalt, er det sannsynlig at Høyesterett føler seg sterkere bundet av plenumsdommer enn av andre høyesterettsdommer.¹⁸² Det flertallet har sluttet seg til, må således legges til grunn i senere saker med likt rettskildebilde.

Det er imidlertid interessant at det foreligger dissens i plenumsdommene. Det at mindretallet fastholder sitt standpunkt er kanskje særlig interessant. Som oftest har mindretallet føyet seg etter flertallet i etterfølgende avgjørelser i prinsipielle saker. Det er vanskelig å konstatere noen rettskildemessig vekt, men det er interessant for fremtidig praksis på dette området. I tillegg er mindretallets syn og tolkning i stor grad i samsvar med barnekomiteens kommentarer. Så ulike

¹⁸¹ Meddelelse Bodal-Johansen, 10.04.14

¹⁸² Eckhoff (2001) s. 179

syn fra dommerne skaper en uklar rettsstilstand, noe som trekker i retning av at det kan bli en rettsutvikling på området.

6.3.2 Varslet forskriftsendring

Et spørsmål som har reist seg i forbindelse med asylbarndebatten har vært om signalene fra lovgiver er for svake. Som vist til ovenfor er ordlyden i § 38, samt at uf. § 21b og senere § 8-5 er inntatt uttrykkelig i forskrift, presisert og forsøkt tydeliggjort. Mye kan tyde på at ordlyden per dags dato ikke er klar nok. Det er imidlertid utfordringer knyttet til å gjøre en slik skjønnsmessig unntaksbestemmelse helt klar, på den ene siden kan den ikke stenge for at man etter en konkret skjønnsmessig vurdering legger avgjørende vekt på individuelle forhold, og på den annen side bør ikke bestemmelsen formes slik at den blir rettslig forpliktende: Hensyn som taler for at opphold skal gis, må avveies mot hensynet til en kontrollert og regulert innvandring.

I mars 2014 la Venstre, KrF, FrP og Høyre frem en avtale og gjennomføringspunkter om utlendingsfeltet hvor de blant annet fremmer forslag om noen endringer og presiseringer for lengeværende barn. Det følger av avtalen at «Barns tilknytning til riket gjennom flere års botid skal klargjøres gjennom en regelendring som gjør at utlendingsmyndighetene i større grad vektlegger hensynet til hva som er barnefaglig forsvarlig. Forutsetningen er at foreldrene som hovedregel har medvirket til å avklare sin identitet og bidratt til å muliggjøre retur, men at retur ikke har vært mulig.» Forslagene til forskriftsendringer går blant annet ut på å presisere hvilke momenter som skal vektlegges etter uf. § 8-5 i ordlyden i forskriftsbestemmelsen, presisere og stramme inn hvordan begrunnelsen i vedtak som berører barn skal være etter uf. § 17-1 a, samt et forslag om midlertid oppholdstillatelse til lengeværende barn uten oppholdstillatelse som har søkt asyl og som per september 2013 hadde minst tre års oppholdstid i Norge.¹⁸³ Om forslagene tas til følge, og om endringene og presiseringene i så fall medfører reelle endringer i praksis, gjenstår å se. Dette indikerer i alle fall at retten er i utvikling på dette punkt.

6.3.3 Ny avgjørelse fra EMD på trappene

En påtroppende sak for EMD er Meriam Margriet Jeunesse v. Nederland. Saken gjelder imidlertid ikke barns rett til opphold som følge av tilknytning, men dreier seg om en mor som ikke

¹⁸³ s. 1-3

får oppholdstillatelse i Nederland med sin familie. Spørsmålet i saken er blant annet om barna må flytte til Surinam for å være med sin mor, selv om de har bodd hele sitt liv og har sin tilknytning til Nederland. Det vil bli interessant å se hva EMD vil si når det gjelder de lengeværende barnas, og morens tilknytning til Nederland, og ikke minst hensynet til barnets beste i denne sammenheng.

I Nunez-saken ble som kjent Norge dømt av EMD for ikke å ha holdt seg innenfor sin skjønnsmargin i avveiningen mellom hensynet til barnets beste og den offentlige interessen. Og i Butt-saken ble Norge dømt for ikke å ha handlet innenfor sin skjønnsmargin i forsøket på å oppnå balanse mellom statens interesse i å sikre effektiv innvandringskontroll og klagernes interesse i å bli i Norge for blant annet å utøve sin rett til privatliv. Dette kan trekke i retning av at EMD mener Norges skjønnsutøvelse er i overkant streng når det gjelder hensynet til barnets beste og tilknytning til landet.

Den generelle kommentaren fra 2013 og den nye avgjørelsen fra EMD medfører at vi kan tenke oss en rettsutvikling på området.

6.4 Avsluttende bemerkninger

At langvarig ulovlig opphold kan gi oppholdstillatelse, reiser et dilemma: Signaleffekten av å gi tillatelse til personer som oppholder seg ulovlig i landet kan bli at flere søkere tiltrekkes og at søkere oppmuntres til å gå i skjul, noe som særlig vil ramme medfølgende barn. Det vil også sende motstridende signaler ettersom asylsøkere pålegges å returnere frivillig etter endelig avslag. Å premiere ulovlig opphold undergraver respekten for regelverket, og er i tillegg urimelig for de som faktisk følger myndighetenes pålegg om å returnere. Motsatsen til disse hensynene er de humanitære hensynene, som kan bli så tungtveiende at myndighetene må innvilge tillatelse. Dette gjelder særlig sårbare grupper som barn.

Til tross for at regelverket er forsøkt tydeliggjort, gjenstår en god del. Selv etter «Barn på flukt» og plenumsdommene fra 2012 står vi igjen med et behov for avklaring i forhold til avveiningen og vurderingen av hensynene. Det gjenstår som nevnt å se om hvorvidt eventuelle forskriftsendringer, ny rettslig prøving av Høyesterett eller EMD kan bidra et stykke på veien mot en avklaring, og ikke minst, om det vil bli en rettsutvikling på området.

7 Kilderegister

7.1 Lover og forskrifter

Norske lover og forskrifter

Lover

1814 Kongeriget Norges Grundlov av 17.mai 1814

1988 Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) – opphevet

1992 Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)

1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

2005 Lov 17.juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

2008 Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Forskrifter

1990 Forskrift 21. Desember 1990 nr. 1028 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) – opphevet

2009 Forskrift 15.oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften)

Traktater

Tiltrådte

ICJ-statuttene Statuttene for Den Internasjonale Domstol (ICJ), 26.juni 1945

EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 4. november 1950

BK FN-konvensjon om barns rettigheter, 20. november 1989

Ikke tiltrådte

Wienkonvensjonen Wienkonvensjonen om traktratretten, Wien 23. mai 1969

7.2 For- og etterarbeider

NOU

NOU 2001: 32 *Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven), bind A*

NOU 2004:20 *Utlendingslovutvalgets utredning og utkast til ny*

NOU 2008:15 *Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll*

Proposisjoner

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) *Arbeids- og inkluderingsdepartementets forslag og kommentarer til ny lov*

Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) *Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)*

Innstilling til Stortinget

Innst. 57 S (2012-2013) *Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om barn på flukt*

Innst. O. nr. 42 (2007-2008) *Kommunal- og forvaltningskomiteens innstilling til Odelstinget*

Stortingsdokumenter

Meld. St. 27 (2011-2012) *Barn på flukt. Tilråding fra Justis- og beredskapsdepartementet 8.juni 2012, godkjent i statsråd samme dag. (Regjeringen Stoltenberg II)*

Internasjonale forarbeider

Legislate History of the Convention on The Rights of the Child Volume 1, Office of the United Nations, High Commissioner for Human Rights. United Nations, New York and Geneva, 2007

7.3 Rettspraksis og forvaltningspraksis

Høyesterett

Rt 2000 1811

Rt 2008 681

Rt 2009 1261

Rt 2012 1985

Rt 2012 2039

Rt 2013 449

The European Court of Human Rights, EMD

Golder v. United Kingdom The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21. februar 1975

Dragan Et Autres c. Allemagne (Case of Dragan and others v. Germany) The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. oktober 2004

Üner v. The Netherlands The European Court of Human Rights, Strasbourg, 18. oktober 2006

Maslov v. Austria The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23. juni 2008

Onur v. The United Kingdom The European Court of Human Rights, Strasbourg, 17. februar 2009

Neulinger and Shuruk v. Switzerland The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6. juli 2010

Nunez v. Norway The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. juni 2011

Antwi and others v. Norway The European Court of Human Rights, Strasbourg, 14. februar 2012

Butt v. Norway The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4. desember 2012

Påtroppende sak for EMD: Application no. 12738/10 Case of Meriam Margriet Jeunsesse v. The Netherlands.

UNEs praksisbase

Enkeltsaker hentet fra UNEs praksisbase f.o.m 2010 (<http://praksis.une.no/CES5/?sk=NyLov>)

Ref. N115780623 (sitert 17.02.14)

Ref. N124090214 (sitert 19.02.14)

Ref. N14079318 (sitert 17.02.14)

Ref. N133589311 (sitert 20.02.14)

Ref. N1358451011 (sitert 19.02.14)

Ref. N11644959 (sitert 19.02.14)

Ref. N14079318 (sitert 17.02.14)

Ref. N112426623 (sitert 17.02.14)

Ref. N117433623 (sitert 20.02.14)

Ref. N13151631 (sitert 19.02.14)

Ref. N108507611 (sitert 20.02.14)

Ref. N11793289 (sitert 17.02.14)

Ref. N123083425 (sitert 17.02.14)

Ref. N1270111112 (sitert 19.02.14)

Ref. N14449427 (sitert 19.02.14)

UNES praksisnotat

UNE *Betydningen av «barnets beste» i asylsaker.* Praksisnotat av 19.10.09

Rundskriv

- A-25/2007 Arbeids- og inkluderingsdepartementet. *Ikraftsetting av forskrift om endringer i utlendingsforskriften (sterkere vektlegging av barns tilknytning til riket, oppholdstillatelse når det foreligger praktiske hindringer for retur). Opphør av rundskriv AI-5/2006*
- Vedlegg 8 til A-63/09 Justisdepartementet. *Vedlegg 8 til rundskriv A-63/09 om ikrafttredelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1.januar 2010 – Oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket*

7.4 Internasjonale anbefalinger og generelle kommentarer**Anbefalinger fra FNs barnekomité**

- CRC/C/NOR/CO/4 Concluding Observations of the Committee on the Rights of the
(2010) Child, Norway, Nr. 4 (2010)

Generelle kommentarer fra FNs barnekomité

- CRC/GC/2003/5 Generell kommentar nr. 5 (2003). General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child
- CRC/GC/2007/8 Generell kommentar nr. 8 (2007). The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment
- CRC/GC/2009/12 Generell kommentar nr. 12 (2009). The right of the child to be heard

CRC/GC/2013/14 Generell kommentar nr. 14 (2013). The right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration

7.5 Litteratur

Bøker

Bøker med 1-3 forfattere

- | | |
|---------------------|--|
| Eckhoff, Torstein. | <i>Rettskildelære</i> . 5. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001 |
| Eckhoff, Torstein. | <i>Forvaltningsrett</i> . 9. utg. ved Eivind Smith Oslo, 2010 |
| All, Jørgen. | <i>Rettsstat og menneskerettigheter: En innføring i ver-
net om individets sivile og politiske rettigheter etter
den norske forfatning og etter Den europeiske men-
neskerettighetskonvensjon</i> . Bergen, 2004 |
| Høstmælingen, Njål. | <i>Internasjonale menneskerettigheter</i> . 2. utg. Oslo, 2012 |

Bøker med flere enn 3 forfattere

- | | |
|--|--|
| <i>Utlendingsloven Kommentartutgave.</i> | Vigdis Vevstad ... [et al.]. 1. utg. Oslo/Son, 2010 |
| <i>Barn som samfunnsborgere – til barnets bes-
te?</i> | Kjørholt, Anne Trine ... [et al.]. 1. utg. Oslo, 2010 |
| <i>Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge.</i> | Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og Sandberg, Kirsten ... [et al.]. 2 utg. Oslo, 2012 |
| <i>Lærebok i utlendingsrett.</i> | Dybik, Øyvind Øyen... [et al.]. Oslo, 2013 |

Merknader, Lovdata

Havre, Merete. Merknad til mrl. Vedlegg 7, Convention on the Rights of the Child art. 3, Lovdata, (2013) (sitert fra Lovdata 18.03.14)

Tidsskriftartikler

Einarsen, Terje. *Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste være underlagt forvaltningens frie skjønn? I: Jussens venner nr. 05 (2013). (Sitert fra Idunn.no)*

Bernt, Jan Fridtjof. *Høyesterett som politisk arena – Noen refleksjoner med utgangspunkt i to Høyesterettsdommer om norsk utlendingspolitikk. I: Jussens venner nr. 05 (2013). (Sitert fra Idunn.no)*

7.6 Andre kilder

Juridisk utdrag

Juridisk utdrag til Høyesterett. Sak 2012/688 og 2012/1042 (Rt. 2012 s. 1985 og Rt. 2012 s. 2039)

Personlig meddelelse

Korrespondanse med Kine E. Steinsvik, advokat hos Regjeringsadvokaten:

- E-postkorrespondanse 23.01.14 og 03.02.14.
- Telefonkorrespondanse 03.02.14.

Korrespondanse med Christine Dahl, seniorrådgiver i UNE:

- E-postkorrespondanse 04.02.14.

Korrespondanse med Håkon Bodal-Johansen.

Advokat i advokatfirmaet Elden. Advokat for
de ankende parter i Rt. 2012 s. 2039.

- E-postkorrespondanse 10.04.14.

Avtale, Venstre, KrF, FrP og Høyre

Avtale og gjennomføringspunkter om utlendingsfeltet fremforhandlet av Venstre, Kristelig Folkeparti, Fremskrittspartiet og Høyre (2014)

Rapporter

Weiss, Nerina. Fafo-rapport 47 (2013) «*Normalitet i limbo. Asylbarn med endelig avslag*».

UNE. *Ett år etter «barn på flukt»*. Rapport til Justisdepartementet om tiltak 3 i stortingsmeldingen. 17.juni 2013.

Nettsider

UNE(a) «*Om praksisbasen*» <http://une.no/Praksis2/Praksisbase/> (Sisert 13.03.14)

UNE(b) «*Hva er innvandringspolitiske hensyn*» <http://www.une.no/Aktuelt/Debatt/Hva-er-innvandringspolitiske-hensyn/> (sisert 07.04.14)